

VERKEHR IM WANDEL



Empfehlungen für die Genehmigungs- und Finanzierungspraxis
nach der VO (EG) 1370/2007 und dem bestehenden PBefG
„Der Sächsische Weg“

Inhalt	
I. Empfehlungen des Freistaats Sachsen: Anwendung der VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße vom 3. Dezember 2007 bis zum Inkrafttreten einer Novelle des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG)	3
II. Linienverkehrsgenehmigungen als öffentliche Dienstleistungsaufträge	6
III. § 13 PBefG als alleiniger Maßstab für Genehmigungen	7
IV. Verhältnis mehrerer öffentlicher Dienstleistungsaufträge zueinander	8
V. Verhältnis öffentlicher Dienstleistungsauftrag – Genehmigungsantrag	9
VI. Zeitliches Auseinanderfallen von Genehmigung und Finanzierungsvertrag	10
VII. Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Finanzierung bei der Genehmigungserteilung	11
VIII. Die Vergabe an einen internen Betreiber nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370	12
IX. Die Bagatellvergabe und die Vergabe an kleine und mittlere Unternehmen nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370	13
X. Das wettbewerbliche Vergabeverfahren nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370	13
XI. Fernlinienverkehre	15
XII. Rechtsschutz	16

Impressum

Herausgeber:

Rödl & Partner GbR

90491 Nürnberg | Äußere Sulzbacher Straße 100

Telefon: +49 (9 11) 91 93 - 35 03

Fax: +49 (9 11) 91 93 - 35 49

Bildnachweis: www.istockphoto.com

Internet: www.roedl.de

Verantwortlich für den Inhalt: Martin Wambach und Jörg Niemann.

Alle Angaben wurden sorgfältig recherchiert und zusammengestellt. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhalts sowie für zwischenzeitliche Änderungen übernehmen die Autoren und die Herausgeber keine Gewähr. Alle Rechte vorbehalten, auch die der fotomechanischen Wiedergabe und der Speicherung in elektronischen Medien.

I. Empfehlungen des Freistaats Sachsen: Anwendung der VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße vom 3. Dezember 2007 bis zum Inkrafttreten einer Novelle des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG)

Vorbemerkung

Die vorliegenden Empfehlungen wurden im Auftrag der Landesdirektion Dresden in Abstimmung mit dem Sächsischen Staatsministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr (SMWA) erstellt. Ziel ist es, eine rechtssichere und einheitliche Anwendung der europäischen und nationalen Regelungen für den öffentlichen Personennahverkehr bis zu einer Novelle des PBefG zu gewährleisten. Die Empfehlungen sind für die sächsischen Genehmigungsbehörden verbindlich; für Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen dienen sie als Handlungsempfehlungen. Auch in anderen Bundesländern können sie wertvolle Hinweise für Aufgabenträger und Genehmigungsbehörden liefern, sofern bislang keine Anpassung des Landes-ÖPNVG an die VO (EG) 1370/2007 (nachfolgend VO 1370 genannt) vorgenommen wurde oder abweichende, verbindliche Leitlinien des jeweiligen Landesministeriums nicht vorliegen. Die Empfehlungen berücksichtigen die Regelungen der VO 1370 und des geltenden Personenbeförderungsgesetzes. Für ihre Anwendung bedarf es keiner landesrechtlichen Ausgestaltung. Die Autoren möchten mit diesen Empfehlungen zugleich auch einen weiteren Anstoß zur Novellierung des PBefG leisten. Die Ausführungen zeigen auf, welche Regelungen an die VO 1370 angepasst werden sollten, um die notwendige Rechtssicherheit zu erzielen. Zugleich wird deutlich, dass im Wege der Rechtsauslegungen praktikable Lösungen bis zum Jahre 2019 – auch ohne Novellierung des PBefG – gefunden werden können.

Die Verordnung 1370 gilt seit dem 3. Dezember 2009 und sie regelt, wie die öffentliche Hand in den Verkehrsmarkt eingreifen kann, um die Erbringung öffentlicher Personenverkehrsdienste im öffentlichen Interesse sicherzustellen.

Das derzeit geltende Personenbeförderungsgesetz ist auf die Anwendung der ehemaligen Verordnung (EWG) 1191/69 ausgerichtet. Diese trat gem. Art. 10 Abs. 1 VO 1370 mit Wirkung zum 3. Dezember 2009 außer Kraft. Anders als die VO (EWG) 1191/69 sieht die neue VO 1370 keine auf die Unternehmen des ÖPNV bezogene (Teil)Bereichsausnahme vor. Damit entfällt die in § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG vorgenommene genehmigungsrechtliche Unterscheidung und Stufung in eigen- und gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen. Alle Liniengenehmigungen werden daher zukünftig auf der Grundlage des § 13 PBefG erteilt. Jedoch ergeben sich aus dem Zusammenwirken der neuen Regelungen der VO 1370 und dem nationalen Personenbeförderungsgesetz Widersprüche und Unsicherheiten, die nicht immer eindeutig mithilfe der gesetzlichen Regelungen gelöst werden können, zum Teil bestehen Regelungslücken, wie etwa Festlegungen zu Verfahrensabläufe zwischen den Behörden und deren Rechtswirkungen.

Zwischen den Bundesländern bestehen unterschiedliche Auffassungen darüber, welche Vorschriften des PBefG von den Regelungen der VO 1370 verdrängt werden und

welche im Lichte der europäischen Vorschriften modifiziert werden müssen. Dies gilt etwa im Hinblick auf die Einordnung der personenbeförderungsrrechtlichen Liniengenehmigung als ausschließliches Recht und die Frage, wer die zuständige Behörde im Sinne der VO 1370 ist.

Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen

Die VO 1370 regelt die Festlegung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und deren Ausgleich. Die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen sind die von der zuständigen Behörde festgelegte oder bestimmte Anforderung im Hinblick auf die Sicherstellung von im allgemeinen Interesse liegenden Personenverkehrsdiensten, die der Betreiber nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen ohne Gegenleistung übernommen hätte. Der Gestaltungsraum für die Festlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen durch die zuständigen Behörden ist weit. Er ergibt sich aus dem Marktversagen einerseits und einem allgemeinen Interesse an der durch den Markt nicht verfügbaren Leistung andererseits.

> Das BVerwG hat in seinen Entscheidungen (BVerwG 3 C 1.09 und 3 C 2.09) unter Bezugnahme auf die VO (EWG) 1191/69 und die Rechtsprechung des EuGH (EuGH Urteil v. 7. Mai 2009) klargestellt, dass die Betriebspflicht, die Beförderungspflicht und Tarifpflicht gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen sind. Diese Pflichten sind in §§ 21, 22,

Anwendungsbereich der VO 1370

Die VO 1370 gilt für alle Verkehre, für die die zuständigen Behörden gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen begründen. Die Verordnung regelt abschließend, wie im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, Ausgleichsleistungen und/oder ausschließliche Rechte gewährt werden. Dies muss im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags oder im Wege einer allgemeinen Vorschrift erfolgen. Nur bestimmte Abgeltungsregelungen für Höchsttarife können von der Bundesrepublik Deutschland aus dem Anwendungsbereich der VO 1370 herausgenommen werden.

39 und 45 Abs. 2 PBefG im nationalen Personenbeförderungsrecht geregelt. Sie werden dem Verkehrsunternehmen durch die personenbeförderungsrechtliche Genehmigung für die jeweilige beantragte Linie auferlegt.

- > Neben den gesetzlich vorbestimmten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen können „weitere“ gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen begründet werden. Nach nationalem Recht kann der Ausgleich für die weiteren gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nur durch die Gewährung von Ausgleichsmitteln erfolgen.

Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen liegen dann nicht vor, wenn keine allgemeinen öffentlichen Interessen verfolgt werden und die Leistungen nicht fortlaufend und diskriminierungsfrei erbracht werden. Aufgrund des fehlenden allgemeinen öffentlichen Interesses fallen sog. freigestellte Schülerverkehre nach der Freistellungs-Verordnung und im Regelfall auch die Sonderformen des Linienverkehrs nach § 43 PBefG nicht in den Anwendungsbereich der VO 1370. Dies gilt auch für sog. touristische Verkehre. Ausgenommen sind auch Taxi- und Mietwagenverkehre. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob diese Personenbeförderungsleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind und für die Allgemeinheit diskriminierungsfrei erbracht werden.

Zuständige Behörden

Die VO 1370 richtet sich an die Behörden, die nach nationalem Recht gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen begründen können. Maßgeblich ist, dass die nationalen Behörden über die materiellen und formellen Befugnisse, die zur Intervention im Sinne der VO 1370 berechtigen, verfügen.

- > Zuständige Behörden für die Festlegung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Rahmen der Liniengenehmigung sind im Freistaat Sachsen die

Landesdirektionen Dresden, Leipzig und Chemnitz.

- > Zuständige Behörde für die Festlegung „weiterer“ gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen sind die jeweiligen Aufgabenträger. Diese können nach der VO 1370 auch eine Gruppe von Behörden oder eine Einrichtung sein, die zur Intervention im öffentlichen Personennahverkehr in einem bestimmten geografischen Gebiet befugt ist. Wenn Verkehrsverbünde bzw. deren Gremien z. B. aufgrund einer Vereinbarung zwischen den kommunalen Aufgabenträgern zuständig sind, Höchsttarife im Rahmen einer allgemeinen Vorschrift festzusetzen, können auch diese Einrichtungen im Sinne der Definition der VO 1370 zuständige Behörden sein.
- > Sofern und soweit durch Landesförderung „weitere“ gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen begründet werden, kann auch der Freistaat Sachsen zuständige Behörde sein.

Bei der Begründung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen haben die verschiedenen zuständigen Behörden zusammenzuwirken. Sie haben sicherzustellen, dass für die Erfüllung der jeweiligen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung keine Überkompensation durch die Gewährung von ausschließlichen Rechten und/oder Ausgleichsleistungen erfolgt. Es wird empfohlen, dass der Aufgabenträger die Überkompensationskontrolle im Rahmen seines öffentlichen Dienstleistungsauftrags sicherstellt.

Linienverkehrsgenehmigung nach PBefG als ausschließliches Recht

Die personenbeförderungsrechtliche Liniengenehmigung in ihrer derzeitigen rechtlichen Ausprägung durch das PBefG erfüllt alle Anforderungen an die Ausschließlichkeit im Sinne der VO 1370. Die VO 1370 findet auf die Erteilung von personenbeförderungsrechtlichen Liniengenehmigungen Anwendung. Personenbeförderungsrecht-

liche Genehmigungen sind ausschließliche Rechte im Sinne der VO 1370. Die Erteilung der Genehmigung erfolgt im Wege eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags. Die Anforderungen an die Vergabe ergeben sich aus Art. 5, 8 Abs. 2 VO 1370.

Für die Erteilung der Liniengenehmigung wenden die zuständigen Behörden im Freistaat Sachsen die Übergangsregelung des Art. 8 Abs. 2 VO 1370 an.

Diese sieht vor, dass die Anforderungen des Art. 5 VO 1370 verbindlich und abschließend erst ab dem 3. Dezember 2019 gelten. In der Übergangszeit sollen die Mitgliedstaaten Regelungen für deren schrittweise Anwendung treffen. Bis zur Novelle des PBefG wenden die Genehmigungsbehörden im Freistaat Sachsen für die Vergabe eines ausschließlichen Rechts die nationalen Regelungen des § 13 PBefG an. Liniengenehmigungen sind dem Verkehrsunternehmen daher zu erteilen, wenn die subjektiven und objektiven Genehmigungsanforderungen vorliegen. Eine Überprüfung der Finanzierung durch den Aufgabenträger für die Erfüllung weiterer gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erfolgt im Rahmen der Genehmigungserteilung nicht. Die Genehmigungsbehörden werden sich weiterhin an der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG; Urt. V. 19.10.2006 – 3 C 33/05) orientieren. Die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags begründet für sich kein öffentliches Verkehrsinteresse im Sinne des PBefG und ist nicht geeignet, die Genehmigungsbehörde zu binden.

Vorrang von Anträgen mit geringeren öffentlichen Ausgleichsmitteln

Die VO 1370 enthält keine Regelung zum Verhältnis von Verkehren ohne öffentliche Ausgleichsmittel und solchen mit öffentlichen Ausgleichsmitteln. Der in § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG festgelegte Rechtsgedanke, wonach Verkehrsleistungen im ÖPNV vorrangig ohne finanzielle Ausgleichsleistungen zu betreiben sind, gilt fort, solange nicht durch eine Novelle des PBefG eine andere Regelung getroffen wird. Der Vorrang gilt – aufgrund des Wegfalls der Unterscheidung in eigen- und gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen – für solche Verkehre, die ohne oder mit einem geringen öffentlichen Finanzausgleich betrieben werden können. Bis zur Klärung dieser Frage wird bei konkurrierenden Anträgen mit gleich gut zu bewertender Integration in die öffentlichen Verkehrsinteressen, dem Antrag die Genehmigung zu erteilen sein, der den geringeren öffentlichen Finanzierungsausgleich im Wege öffentlicher Dienstleistungsaufträge erhält. Ausgleichsmittel, die über eine allgemeine Vorschrift allen Beteiligten diskriminierungsfrei zur Verfügung stehen, werden nicht berücksichtigt.

Zur Sicherstellung einer sachgerechten Bewertung durch die Genehmigungsbehörden haben die Aufgabenträger auf Nachfrage der Genehmigungsbehörde Auskunft über die Höhe der beabsichtigten Ausgleichsmittel zu erteilen.

Verfahrensgestaltung im Liniengenehmigungsverfahren

Um eine Abstimmung zwischen Genehmigungsbehörde und Aufgabenträger zu ermöglichen, ist ein zeitlich strukturiertes Verfahren vorgesehen. Fallen die Laufzeiten der Genehmigungserteilung und die der Finanzierungsvereinbarungen auseinander, sodass eine Abstimmung nicht möglich ist, treffen die jeweils zuständigen Behörden die ihnen obliegenden Entscheidungen. Aufgabenträger und Genehmi-

gungsbehörde sollen jedoch sicherstellen, dass eine Harmonisierung der Laufzeiten erreicht wird. Eine Verkürzung der Genehmigungslaufzeit zur Herbeiführung dieser

Harmonisierung ist möglich.

Verfahrensgestaltung

- > Die **Genehmigungsbehörde veröffentlicht** die zur Wiedererteilung anstehenden Liniengenehmigungen frühzeitig. Die Veröffentlichung muss mindestens 21 Monate vor der Wiedererteilung erfolgen.
- > In der Bekanntmachung ist darauf hinzuweisen, zu welchem Zeitpunkt die Genehmigungsanträge frühestens und spätestens eingereicht werden müssen. Hierbei sollte die **frühestmögliche** Antragsfrist **neun** Kalendermonate vor dem Ablauf der „alten“ Liniengenehmigung bzw. vor dem Beginn des „neuen“ Gültigkeitszeitraumes liegen. Die **spätestmögliche** Abgabe der Genehmigungsanträge sollte **acht** Kalendermonate vor dem Ablauf der „alten“ Liniengenehmigung bzw. vor dem Beginn des „neuen“ Gültigkeitszeitraumes betragen. Damit steht dem interessierten Verkehrsunternehmen **ein Kalendermonat** (Antragskorridor) zur Erstellung des Genehmigungsantrages zur Verfügung.
- > Genehmigungsanträge, die nicht innerhalb des vorgeschriebenen Antragszeitraumes eingereicht werden, sind von der Genehmigungsbehörde als verspätet abzulehnen.
- > Parallel zur Veröffentlichung des Bestandes der Liniengenehmigungen informiert die Genehmigungsbehörde den Aufgabenträger über das Auslaufen der Liniengenehmigung und fragt beim Aufgabenträger an, ob und wie der Aufgabenträger gedenkt, die Ausgleichsleistung für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen zu vergeben.
- > Der Aufgabenträger teilt der Genehmigungsbehörde mit, für welches Vergabeverfahren er sich entschieden hat. Er trägt Sorge dafür, dass die Vorveröffentlichungspflichten nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370 eingehalten werden. Sofern der Aufgabenträger eine Vergabe nach Art. 5 Abs. 2 (Interner Betreiber), Abs. 3 (wettbewerbliches Vergabeverfahren), Abs. 4 (Klein- und Mittelständische Vergabe) anstrebt, sollte die Vorveröffentlichung **mindestens 21 Monate** vor der Vergabe erfolgen, um etwaige konkurrierende Anträge sowohl genehmigungs- als auch vergaberechtlich rechtskonform behandeln zu können.
- > Geht während der einjährigen Frist nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370 ein Initiativantrag eines anderen Verkehrsunternehmens ein, prüft der Aufgabenträger die Ernsthaftigkeit des Antrags und Leistungsfähigkeit des Verkehrsunternehmens. Ist beides zu bejahen und entscheidet sich der Aufgabenträger, die Ausgleichsleistungen nunmehr im Wege eines wettbewerblichen Verfahrens zu vergeben und berichtigt er seine Vergabebekanntmachung.
- > Der Aufgabenträger teilt der Genehmigungsbehörde spätestens **sechs Monate** vor dem Auslaufen der alten Liniengenehmigung mit, ob er die Finanzierung des Genehmigungsantrages/der Genehmigungsanträge für ausreichend erachtet. Er unterrichtet die Genehmigungsbehörde darüber, mit wem er gedenkt, den öffentlichen Dienstleistungsauftrag abzuschließen.
- > Die Genehmigungsbehörde berücksichtigt den beabsichtigten öffentlichen Dienstleistungsauftrag bei ihrer Entscheidung nur insoweit, wie sichergestellt sein muss, dass das beantragte Verfahren vom Verkehrsunternehmen nach Art und Umfang gewährleistet ist.

Finanzierungsverantwortung der Aufgabenträger

Den Aufgabenträgern steht es nach diesen Empfehlungen frei, ob sie für die Vergabe von Ausgleichsmitteln die Regelungen des Art. 5 VO 1370 anwenden oder die Vergabe in Übereinstimmung mit den vergaberechtlichen Regelungen erfolgt, die bis zum 3. Dezember 2009 verbindlich galten. Der Freistaat Sachsen empfiehlt die frühzeitige Anwendung der vergaberechtlichen Regelungen der VO 1370.

Die beihilferechtliche Verantwortung tragen ausschließlich die Aufgabenträger. Die beihilferechtliche Zulässigkeit einer Ausgleichsleistung richtet sich ab dem 3. Dezember 2009 nach Art. 4, 6 und dem Anhang der VO 1370. Die Aufgabenträger haben sicherzustellen, dass die öffentlichen Dienstleistungsaufträge oder die allgemeine Vorschrift den Anforderungen der VO 1370 entsprechen. Die Genehmigungsbehörden prüfen die Einhaltung der beihilfe- und vergaberechtlichen Anforderungen bei der Erteilung der Genehmigung nicht.

Für die Gewährung finanzieller Ausgleichsmittel stehen den Aufgabenträgern zwei Möglichkeiten zur Verfügung:

- > Die Gewährung erfolgt im Regelfall auf Basis eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags gem. Art. 3 Abs. 1 VO 1370.
- > Sofern gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zur Festsetzung von Höchsttarifen für alle Fahrgäste oder bestimmte Gruppen von Fahrgästen festgelegt werden, kann dies in Form einer allgemeinen Vorschrift gem. Art. 3 Abs. 2 VO 1370 erfolgen.

Werden Ausgleichsmittel für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zur Festsetzung von Höchsttarifen durch die Aufgabenträger auf Grundlage allgemeiner Vorschriften nach Art. 3 Abs. 2 VO 1370 gewährt, unterliegen diese zwar grundsätzlich den Regelungen der VO 1370,

es muss jedoch kein öffentlicher Dienstleistungsauftrag abgeschlossen werden. Die Aufgabenträger können derartige Regelungen auch in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag aufnehmen. Zu denken ist insbesondere an Ausgleichsleistungen für Verbundtarife und sonstige verbundbedingte Nachteile in Verkehrsverbänden und Tarifgemeinschaften, wie etwa der Ausgleich von Durchtarifizierungs- und Harmonisierungsverlusten. Gewährt die zuständige Behörde daher ausschließlich Ausgleichsleistungen aufgrund einer allgemeinen Vorschrift nach Art. 3 Abs. 2 VO 1370 ist kein öffentlicher Dienstleistungsauftrag abzuschließen und es gelten auch nicht die Vergabevorschriften der VO 1370. Anzuwenden sind jedoch die Grundsätze der Art. 4 und 6 und der Anhang der VO 1370. Verbundverträge können allgemeine Vorschriften im Sinne des Art. 3 Abs. 2 VO darstellen. Dies ist im Einzelfall zu prüfen.

Bestehende Liniengenehmigungen

Die vor dem 3. Dezember 2009 bestandskräftig gewordenen Liniengenehmigungen bleiben grundsätzlich bis zum Ende ihrer Genehmigungslaufzeit bestehen.

Diese Liniengenehmigungen behalten die bisherige Rechtswirkung bis zum Ende ihrer Laufzeit, soweit diese im Rahmen der Übergangsvorschriften des Art. 8 VO 1370 liegt. Den Liniengenehmigungen kommt die ausschließliche Wirkung nach Maßgabe von § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG im Hinblick auf konkurrierende Genehmigungsanträge zu.



II. Linienverkehrsgenehmigungen als öffentliche Dienstleistungsaufträge

Eine Linienverkehrsgenehmigung ist ab dem 3. Dezember 2009 als öffentlicher Dienstleistungsauftrag nach Art. 2 lit. i) VO 1370 anzusehen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinen beiden Urteilen vom 29. Oktober 2009 (BVerwG, 29.10.2009, 3 C 1.09 und 3 C 2.09, Rn. 29) klargestellt, dass die Betriebspflicht (§ 21 PBefG), die Beförderungspflicht (§ 22 PBefG) und die Tarifpflicht (§ 39 i.V.m. § 45 Abs. 2 PBefG) gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen sind. Sie treffen einen Linienverkehrsdienst unabhängig davon, ob er nach bisherigem nationalen Rechtsverständnis eigenwirtschaftlich oder gemeinwirtschaftlich betrieben wurde. Es kommt daher nicht darauf an, ob die Initiative zur Durchführung der Verkehrsleistungen vom Unternehmer (bislang eigenwirtschaftliche Verkehre) oder von der Behörde (bislang gemeinwirtschaftliche Verkehre) ausgeht. Entscheidend ist, dass die Erbringung von Linienverkehrsleistungen durch den Unternehmer nach § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 PBefG eine personenbeförderungsrecht-

liche Genehmigung erfordert und ihm diese durch die nach § 11 PBefG zuständige Behörde nicht ohne die Übernahme der Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflicht erteilt werden darf. Eine Ausnahme bilden lediglich die in § 45 Abs. 3 i.V.m. § 43 PBefG genannten Verkehre, bei denen die Genehmigungsbehörde auf die Einhaltung dieser Pflichten ganz oder teilweise verzichten kann. Ansonsten unterliegen alle Linienverkehre nach § 42 PBefG den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in Form der Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflicht.

Damit führt das Bundesverwaltungsgericht die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, 24.7.2003, Rs. C-280/00 („Altmark Trans“), Rn. 47) aus der „Altmark Trans-Entscheidung“ fort. Der Europäische Gerichtshof hatte bereits im Jahre 2003 judiziert, dass auch eigenwirtschaftliche Genehmigungen dem Unternehmer gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen. Diese Auffassung war durch Urteile des Hessischen (Hessischer VGH, 18.11.2008, 2 UE 1476/07, Rn. 36 ff.) und des Baden-Württembergischen (VGH Baden-Württemberg, 31.3.2009, 3 S 2455/06, Rn. 49.) Verwaltungsgerichtshofs in den letzten Jahren bestätigt worden.

Seit dem Inkrafttreten der VO 1370 am 3. Dezember 2009 erfüllt eine Linienverkehrsgenehmigung folglich alle Merkmale, die die VO 1370 an einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag stellt. Art. 2 lit. i) VO 1370 verlangt für das Vorliegen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags lediglich einen rechtsverbindlichen Akt zwischen einer zuständigen Behörde und einem Betreiber eines öffentlichen Dienstes, durch den der Betreiber mit der Erbringung öffentlicher Verkehrsdienste betraut wird, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen. Als öffentlicher Dienstleistungsauftrag kann nach dem ausdrücklichen Wortlaut (1. Spiegelstrich) gemäß der Rechtsordnung der Mitgliedstaaten auch eine Verwaltungsre-

gelung für den Einzelfall angesehen werden. Das trifft auf einen Verwaltungsakt nach deutschem Rechtsverständnis (§ 35 VwVfG) wie die Erteilung einer Linienverkehrsgenehmigung zu.

Hingegen ist es für das Vorliegen des Begriffs des öffentlichen Dienstleistungsauftrags gemäß Art. 2 lit. i) VO 1370 nicht entscheidend, ob eine Linienverkehrsgenehmigung als ein ausschließliches Recht nach Art. 2 lit. f) VO 1370 zu qualifizieren ist. Die gelegentlich vertretene Argumentation, eine Genehmigung sei kein ausschließliches Recht und deshalb liege kein öffentlicher Dienstleistungsauftrag vor, verkennt die Voraussetzungen, welche Art. 2 lit. i) VO 1370 an das Vorliegen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags stellt.

Ob eine Linienverkehrsgenehmigung ein ausschließliches Recht darstellt, ist bislang umstritten. Die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Oktober 2009 betrafen noch die alte Rechtslage und mussten zu dieser Frage keine Stellung nehmen. Den Begriff des ausschließlichen Rechts kennt nur die ab 3. Dezember 2009 gültige VO 1370, nicht die bis 2. Dezember 2009 gültige Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 (nachfolgend VO 1191 genannt). Die vom Bundesverwaltungsgericht gewählten Begründungen in beiden Urteilen legen den Schluss nahe, eine Linienverkehrsgenehmigung als ausschließliches Recht zu qualifizieren. Für die Einschränkungen, denen der Unternehmer mit den durch die Genehmigung verbundenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in Form der Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflicht unterliegt, erhält er von der Behörde im Gegenzug das ausschließliche Recht zur Erbringung der Linienverkehrsdienstleistungen und ist während der Laufzeit der Genehmigung auf seiner Linie zeitlich begrenzt vor Konkurrenz geschützt (§ 13 Abs. 2 PBefG). Andernfalls wären die Unternehmer zwar mit den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen in Form der Betriebspflicht (§ 21 PBefG),

der Beförderungspflicht (§ 22 PBefG) und der Tarifpflicht (§ 39 i.V.m. § 45 Abs. 2 PBefG) betraut, bekämen dafür aber im Gegenzug keinen umfassenden Konkurrenzschutz in Form eines ausschließlichen Rechts. Ein solches Ergebnis stünde im Widerspruch zum allgemeinen Verständnis und zur seit Jahrzehnten geübten Praxis über den ÖPNV in Deutschland.

Gelegentlich wird behauptet, eine Linienverkehrsgenehmigung lasse sich nicht als ausschließliches Recht qualifizieren, weil § 13 Abs. 2 Nr. 2 c) PBefG ein Ausgestaltungsvorrecht des Genehmigungsinhabers vorsieht. Der Genehmigungsinhaber könnte während der Laufzeit seiner Genehmigung einer Konkurrenzsituation ausgesetzt sein, die er nur durch sein Ausgestaltungsvorrecht abwehren könne. Das Ausgestaltungsrecht des Genehmigungsinhabers führt aber nicht dazu, der Linienverkehrsgenehmigung ihren ausschließlichen Charakter abzusprechen. Es liegt nämlich allein in der Hand des Genehmigungsinhabers, ob er von seinem ihm gesetzlich eingeräumten Ausgestaltungsvorrecht Gebrauch machen will. Macht er davon Gebrauch, bleiben Konkurrenten auf derselben Linie ausgeschlossen.

III. § 13 PBefG als alleiniger Maßstab für Genehmigungen

Unter dem Rechtsregime der VO 1370 ist die bis zum 2. Dezember 2009 maßgebliche Unterscheidung zwischen Genehmigungen für eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen (§ 13 PBefG) und gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen (§ 13a PBefG) gegenstandslos geworden.

Grund für die Unterscheidung war Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 der VO 1191. Diese Vorschrift erlaubte es den Mitgliedstaaten, Unternehmen, deren Tätigkeit ausschließlich auf Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdienste beschränkt ist, vom Anwendungsbereich des europäischen Rechts auszunehmen.

Von dieser Möglichkeit hatte der deutsche Gesetzgeber im Jahre 1996 zwar nicht für alle, wohl aber für eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen Gebrauch gemacht (sog. Teil)Bereichsausnahme). Nur die gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen unterfielen nach § 13a PBefG der europäischen VO 1191, für die Eigenwirtschaftlichen blieb es hingegen bei der nationalen Rechtslage.

Anders als die frühere VO 1191 ermöglicht es die neue VO 1370 den Mitgliedstaaten nicht mehr, vom europäischen Recht wirksame nationale Ausnahmenvorschriften zu erlassen. Eine mit Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 VO 1191 vergleichbare Ausnahmenvorschrift von ihrem Anwendungsbereich zugunsten des nationalen Rechts existiert in der VO 1370 nicht. Die VO 1370 gilt vielmehr nach Art. 12 in allen ihren Teilen verbindlich und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Bei gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen verweist § 13a Abs. 1 S. 1 PBefG auf Auferlegungen oder Vereinbarungen im Sinne der VO 1191. Die VO 1191 ist jedoch gemäß Art. 10 Abs. 1 S. 1 VO 1370 für den Personenverkehr mit Inkrafttreten der VO 1370 zum 3. Dezember 2009 komplett aufgehoben worden. Damit zielt der Verweis ins Leere und § 13a PBefG erweist sich als gegenstandslose Vorschrift. Gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen gibt es nach Inkrafttreten der VO 1370 zum 3. Dezember 2009 nicht mehr.

Unter dem neuen Regime der VO 1370 existiert nur noch eine Genehmigung für (alle) Linienverkehrsleistungen, die nach § 13 PBefG zu beurteilen ist.

IV. Verhältnis mehrerer öffentlicher Dienstleistungsaufträge zueinander

Unter dem Regime der VO 1370 sind mehrere verschiedene öffentliche Dienstleistungsaufträge zwischen einem Betreiber und unterschiedlichen Behörden möglich. Entscheidend ist, welche Behör-

de den Betreiber mit welchen konkreten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen betraut. Die weite Behördendefinition in Art. 2 lit. b) VO 1370 lässt das zu. Diese Vorschrift zielt lediglich darauf ab, ob eine Behörde zur Intervention im ÖPNV befugt ist, ohne etwas über den Umfang und die Reichweite der Interventionsbefugnis auszusagen.

Die Betrauung des Unternehmers mit der Betriebspflicht (§ 21 PBefG), der Beförderungspflicht (§ 22 PBefG) und der Tarifpflicht (§ 39 i.V.m. § 45 Abs. 2 PBefG) fällt in den Zuständigkeitsbereich der Genehmigungsbehörde, der eine Interventionsbefugnis durch das PBefG zusteht, denn nach § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 PBefG dürfen Linienverkehre mit Kraftfahrzeugen nicht ohne eine personenbeförderungsrechtliche Genehmigung erbracht werden. Die Genehmigungsbehörde schließt dazu mit dem Unternehmer einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag in Form der Erteilung einer Linienverkehrsgenehmigung. Das ist möglich, da ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag nach Art. 2 lit. i) VO 1370 auch eine Verwaltungsregelung für den Einzelfall in Form eines Verwaltungsaktes sein kann.

Die Betrauung des Unternehmers mit weiteren gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ist hingegen nicht Sache der Genehmigungsbehörde. Insofern fehlt ihr eine weitergehende Interventionsbefugnis. Diese steht vielmehr dem ÖPNV-Aufgabenträger zu. Dem ÖPNV-Aufgabenträger ist nach § 1 Regionalisierungsgesetz und § 8 Abs. 4 S. 3 und 4 PBefG die Aufgabe der Daseinsvorsorge zugewiesen, im Rahmen derer er eine ausreichende Bedienung der Bevölkerung mit ÖPNV-Leistungen sicherzustellen hat. Auf Grundlage dieser Bestimmungen kann auch der Aufgabenträger



träger mit dem Unternehmer einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag abschließen.

Zwischen dem Aufgabenträger und dem Unternehmer können zahlreiche und ganz unterschiedliche gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen vereinbart werden. Es kommt nach der weiten Definition des Art. 2 lit. e) VO 1370 nur darauf an, dass es sich um eine Anforderung handelt, die der Unternehmer unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen ohne Gegenleistung übernommen hätte. Im Gegenzug für die Übernahme der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen werden dem Unternehmer Ausgleichsleistungen gewährt. Dies kann durch einen Verkehrs- und Finanzierungsvertrag oder durch einen Zuwendungsbescheid geschehen. Beide Rechtsformen sind nach Art. 2 lit. i) VO 1370 zulässig.

Auch der Verkehrs- und Finanzierungsvertrag oder der Zuwendungsbescheid zwischen dem Aufgabenträger und dem Unternehmer über die Gewährung der

Ausgleichsleistungen ist als öffentlicher Dienstleistungsauftrag nach Art. 2 lit. i) VO 1370 anzusehen. Er hat andere Parteien und ist inhaltlich verschieden von demjenigen öffentlichen Dienstleistungsauftrag, der zwischen der Genehmigungsbehörde und dem Unternehmer bei Erteilung der personenbeförderungsrechtlichen Genehmigung zustande kommt.

Für die Vergabe des öffentlichen Dienstleistungsauftrags über die Gewährung von Ausgleichsleistungen an den Unternehmer kommt es darauf an, ob es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne des allgemeinen Vergaberechts handelt oder um eine Dienstleistungskonzession. Für Letztere gelten die streng formalisierten vergaberechtlichen Regeln nicht. Die Abgrenzung wird über die Art der Gegenleistung vorgenommen. Während bei einem Dienstleistungsauftrag die Gegenleistung i.d.R. eine bestimmte oder bestimmbare Vergütung darstellt, gewährt die öffentliche Hand im Fall einer Dienstleistungskonzession als Gegenleistung ein Nutzungsrecht oder dieses Recht zuzüglich eines Entgelts. Letzteres setzt die Übernahme des überwiegenden wirtschaftlichen Risikos durch den Unternehmer voraus.

Voraussetzung für die zumindest überwiegende Übertragung des wirtschaftlichen Risikos auf den Verkehrsunternehmer ist, dass dieser seine Vergütung – i.d.R. durch Fahrkartenverkaufserlöse – von dritter Seite erhält. Erfolgt die Finanzierung ausschließlich über die Entgelte der Benutzer, so liegt allein darin bereits das erforderliche Betriebsrisiko, da mögliche Absatzschwankungen im Hinblick auf die differente Nutzung der Verkehrsmittel durch die Fahrgäste in der Regel nicht eindeutig im Vorhinein kalkulierbar sind. Gewährt der Aufgabenträger dagegen Zuschüsse an den Verkehrsunternehmer, so ist maßgeblich, dass der Unternehmer das Risiko überwiegend selbst trägt. Die Leistung des Aufgabenträgers hindert daher die Annahme einer Dienstleistungskonzession nicht. Maßgeblich ist, dass die Fahrgeld-

einnahmen die Ausgleichsleistungen überwiegen.

V. Verhältnis öffentlicher Dienstleistungsauftrag – Genehmigungsantrag

In der VO 1370 wird nicht näher eingegangen auf das Verhältnis zwischen den beiden unterschiedlichen zuständigen Behörden (Genehmigungsbehörde und ÖPNV-Aufgabenträger) und damit auch nicht auf das Verhältnis zwischen den beiden öffentlichen Dienstleistungsaufträgen.

Die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Oktober 2009 enthalten – zwar noch zur alten bis 2. Dezember 2009 gültigen Rechtslage – Hinweise zum Verhältnis zwischen dem ÖPNV-Aufgabenträger und der Genehmigungsbehörde. Diese Überlegungen lassen sich auch auf die Rechtslage nach Inkrafttreten der VO 1370 nutzbar machen. Wichtig ist dabei insoweit die allgemeingültige Erkenntnis, dass das Bundesverwaltungsgericht beide Behörden nicht isoliert nebeneinander stehen sieht, sondern eine gesetzlich nicht näher normierte Abstimmung für notwendig hält. Daraus folgt das Gebot, mittels verfahrensleitender Fristen eine Strukturierung des Genehmigungsverfahrens und der Gewährung von Ausgleichsleistungen herbeizuführen.

Die Entscheidungen von ÖPNV-Aufgabenträger und Genehmigungsbehörde können zeitlich und inhaltlich koordiniert werden. Folgende verfahrensleitende Regelungen sind zu beachten:

> Die **Genehmigungsbehörde veröffentlicht** die zur Wiedererteilung anstehenden Liniengenehmigungen frühzeitig. Die Veröffentlichung muss mindestens 21 Monate vor der Wiedererteilung erfolgen. **Inhaltlich** sollten in der Bekanntmachung der Name und die Anschrift der jeweils zuständigen Genehmigungsbehörde sowie die Gültigkeitsdauer und der Streckenverlauf der Liniengenehmigungen angegeben

werden. Zugleich sollte vorsorglich ein kurzer Hinweis auf die jeweils aktuelle Rechtslage aufgenommen werden, etwa dahin gehend, dass die „Vergabe“ der auslaufenden Linienkonzessionen nicht im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens bzw. einer Direktvergabe i.S. VO 1370/07 erfolgt, sondern aufgrund eines von der Genehmigungsbehörde entsprechend des PBefG regulierten Genehmigungsverfahren. Schließlich sollte in der Bekanntmachung vorgesehen werden, dass interessierte Verkehrsunternehmen etwaige Antragsdokumente und -unterlagen (z. B. Nahverkehrsplan) sowie Auskünfte bei dem jeweils zuständigen Aufgabenträger angefordert werden können.

- > Die Bekanntmachung sollte **zeitlich** entweder spätestens 21 Kalendermonate vor dem Ablauf der „alten“ Liniengenehmigung bzw. vor dem Beginn des „neuen“ Gültigkeitszeitraumes (singuläre Lösung) oder mindestens am Ende jeden Kalenderjahres (plurale Lösung) erfolgen. In letzterem Falle sollte die Genehmigungsbehörde ein Verzeichnis aller bestehenden Linienkonzessionen veröffentlichen. Durch die Wahl einer dieser beiden Möglichkeiten dürfte der Rechtsprechung des BVerwG (Urteil v. 2. Juli 2003 – 3 C 46.02) zum individuellen Auskunfts- und Informationsanspruch ausreichend Rechnung getragen werden.
- > In der Bekanntmachung ist auch darauf hinzuweisen, zu welchem Zeitpunkt die Genehmigungsanträge frühestens und spätestens eingereicht werden müssen. Hierbei sollte die **frühestmögliche** Antragsfrist **neun** Kalendermonate vor dem Ablauf der „alten“ Liniengenehmigung bzw. vor dem Beginn des „neuen“ Gültigkeitszeitraumes liegen. Die **spätestmögliche** Abgabe der Genehmigungsanträge sollte acht Kalendermonate vor dem Ablauf der „alten“ Liniengenehmigung bzw. vor dem Beginn des „neuen“ Gültigkeitszeitraumes be-

- tragen. Damit steht den interessierten Verkehrsunternehmern maximal ein Kalendermonat (Antragskorridor) zur Erstellung des Genehmigungsantrages zur Verfügung.
- > Ein Genehmigungsantrag, der nicht innerhalb des vorgeschriebenen Antragszeitraumes eingereicht wird, sollte von der Genehmigungsbehörde **ausgeschlossen** werden. Diese letztlich materielle Ausschlusswirkung kann aber Bedenken begegnen, weil diese nicht ausdrücklich durch eine fachgesetzliche Regelung abgesichert wird. Denn die verwaltungs-verfahrensrechtliche Rechtsgrundlage nach § 1 SächsVwVfG i.V.m. § 31 Abs. 2 VwVfG ermöglicht grundsätzlich lediglich verfahrensleitende Fristen der Genehmigungsbehörde. Es ist also vorstellbar, dass interessierte Verkehrsunternehmer z. B. eine Verlängerung der von der Genehmigungsbehörde vorgesehenen Antragsfristen beantragen, über die dann nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden wäre. Ein insoweit bestehendes Anfechtungsrisiko ist de lege lata hinzunehmen.
 - > Parallel zur Veröffentlichung des Bestandes der Liniengenehmigungen informiert die Genehmigungsbehörde den Aufgabenträger über das Auslaufen der Liniengenehmigung und fragt beim Aufgabenträger an, ob und wie der Aufgabenträger gedenkt, die Ausgleichsleistung für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen zu vergeben. Dem Aufgabenträger stehen nach Art. 8 Abs. 2 VO 1370 die Möglichkeiten zur Verfügung, die bis zum Inkrafttreten der VO 1370 am 3. Dezember 2009 bestanden oder er wendet die Möglichkeiten nach Art. 5 Abs. 1 bis 5 VO 1370 an. Die Genehmigungsbehörde sollte vorsorglich den Aufgabenträger darauf hinweisen, dass die Vergabeoptionen nach Art. 5 Abs. 2 bis 4 VO 1370 eine Vorveröffentlichungspflicht nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370 von mindestens 12 Monaten erfordern.
 - > Der Aufgabenträger teilt der Genehmigungsbehörde mit, für welches Vergabeverfahren er sich entschieden hat. Er trägt Sorge dafür, dass die Vorveröffentlichungspflichten nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370 eingehalten werden. Sofern der Aufgabenträger eine Vergabe nach Art. 5 Abs. 2 (Interner Betreiber), Abs. 3 (wettbewerbliches Vergabeverfahren), Abs. 4 (Klein- und Mittelständische Vergabe) anstrebt, sollte die Vorveröffentlichung **mindestens 21 Monate** vor der Vergabe erfolgen, um etwaige konkurrierende Anträge sowohl genehmigungs- als auch vergaberechtlich rechtskonform behandeln zu können.
 - > Geht während der einjährigen Frist nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370 ein Initiativantrag eines anderen Verkehrsunternehmens ein, prüft der Aufgabenträger die Ernsthaftigkeit des Antrags und Leistungsfähigkeit des Verkehrsunternehmens. Ist beides zu bejahen und entscheidet sich der Aufgabenträger die Ausgleichsleistungen nunmehr im Wege eines wettbewerblichen Verfahrens zu vergeben, berichtigt er seine Vergabebekanntmachung. Eine erneute einjährige Vorveröffentlichung ist sodann nicht mehr erforderlich, da dem Grundsatz der Publizität hinreichend Rechnung getragen wurde. Auf der Grundlage beider Anträge entscheidet der Aufgabenträger über die Vergabe.
 - > Der Aufgabenträger teilt der Genehmigungsbehörde spätestens **sechs Monate** vor dem Ablaufen der alten Liniengenehmigung mit, ob er die Finanzierung des Genehmigungsantrages/der Genehmigungsanträge für ausreichend erachtet. Er unterrichtet die Genehmigungsbehörde darüber, mit wem er gedenkt, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag abzuschließen.
 - > Die Genehmigungsbehörde berücksichtigt den beabsichtigten öffentlichen Dienstleistungsauftrag bei ihrer Entscheidung nur insoweit, wie sichergestellt sein muss, dass das beantragte Verfahren vom Verkehrsunternehmen nach Art und Umfang gewährleistet ist.

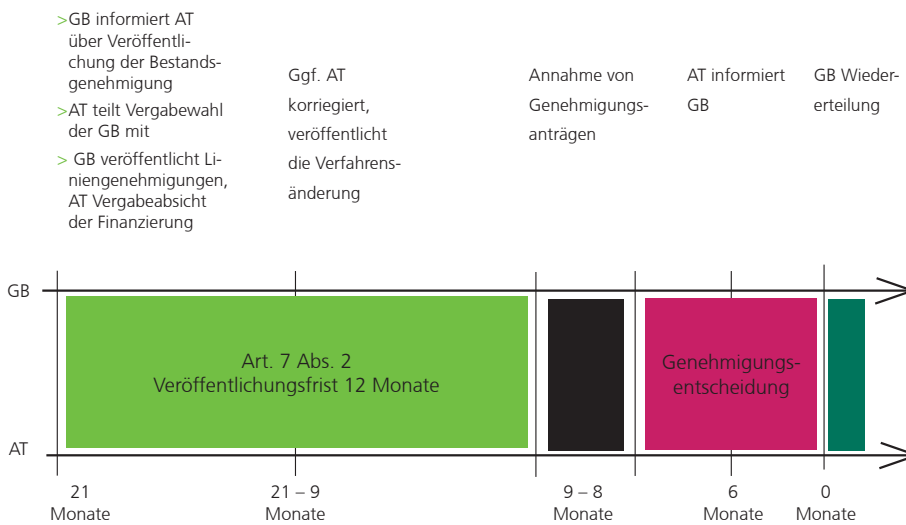
VI. Zeitliches Auseinanderfallen von Genehmigung und Finanzierungsvertrag

Der ÖPNV-Aufgabenträger und die Genehmigungsbehörde sind unterschiedliche (zuständige) Behörden, die zwei eigenständige Entscheidungen treffen. Sie schließen jeweils inhaltlich verschiedene öffentliche Dienstleistungsaufträge mit dem Betreiber ab. Dieser Behördendualismus zwischen der Genehmigungsbehörde als Staatsbehörde und dem Aufgabenträger als kommunaler Behörde ist charakteristisch für das deutsche Personenbeförderungsrecht. Die VO 1370 erfordert nicht zwingend, den Behördendualismus aufzugeben.

Ziel muss sein, dass beide Behörden mit dem Betreiber keine sich in ihrer Auswirkung widersprechenden öffentlichen Dienstleistungsaufträge abschließen. Diesem Zweck dient eine vorherige Abstimmung von Aufgabenträger und Genehmigungsbehörde untereinander. Der Begriff Abstimmung impliziert dabei, dass keiner der beiden Behörden eine Vorrangstellung zukommt, sondern beide gleichberechtigt nebeneinander stehen und sich einigen müssen. Wie die Abstimmung im Einzelnen auszusehen hat, ist bislang mangels gesetzgeberischer Vorgaben offen.

Keine der beiden Behörden darf ohne vorherige Abstimmung mit der anderen tätig werden. Durch diese Pflicht zur Abstimmung und Einigung zwischen den Behörden ist eine möglichst kongruente Vorgehensweise gegenüber dem Betreiber gewährleistet und sich widersprechende öffentliche Dienstleistungsaufträge können vermieden werden. Solange der Gesetzgeber keine weiteren Vorgaben macht, haben die Behörden für ihre Abstimmung untereinander einen weiten Spielraum.

Eine Abstimmung setzt voraus, dass zwei unterschiedliche Behörden verschiedene öffentliche Dienstleistungsaufträge mit dem Betreiber abschließen. Hingegen wäre eine Abstimmung nicht erforderlich,



wenn festgelegt würde, dass auch für die Erteilung der personenbeförderungsrechtlichen Genehmigungen zukünftig der ÖPNV-Aufgabenträger zuständig sein soll. Nach § 11 Abs. 1 PBefG wäre das durch eine Rechtsverordnung möglich, denn dort ist es durch den Bundesgesetzgeber der Landesregierung überlassen, die zuständige Genehmigungsbehörde zu bestimmen. Auf diese Weise könnte die Entwicklung eines Abstimmungsprozesses zwischen Genehmigungsbehörde und Aufgabenträger entfallen und eine inhaltliche Kongruenz der verschiedenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, des ausschließlichen Rechts und der Ausgleichsleistungen innerhalb eines einheitlichen öffentlichen Dienstleistungsauftrags zwischen einer Behörde (Aufgabenträger) und einem Unternehmer wäre sichergestellt.

Probleme können auftreten, wenn eine der beiden Behörden ihrer Pflicht zur vorherigen Abstimmung mit der anderen Behörde nicht nachkommt und eine unabhingende Entscheidung gegenüber dem Betreiber trifft. Das Bundesverwaltungsgericht hat hierzu keine Aussagen getroffen. Es spricht viel dafür, dass es dann beim Grundsatz der zwei inhaltlich unterschiedlichen Behördenentscheidungen bleibt. Jede Behörde muss eine eigenständige Entscheidung unabhängig von der anderen treffen. Eine Bindung der

Entscheidung der einen Behörde an die mit ihr nicht abgestimmte Entscheidung der anderen Behörde besteht nicht.

VII. Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Finanzierung bei der Genehmigungserteilung

Im Urteil vom 19. Oktober 2006 hatte das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG, 19.10.2006, 3 C 33.05.) festgestellt, dass die Genehmigungsbehörde im Rahmen ihrer Prüfung auf Erteilung einer Genehmigung beihilferechtliche Fragen nicht zu prüfen hat. Das bezog sich aber nur auf das Genehmigungsverfahren für einen eigenwirtschaftlichen Linienverkehr, bei dem die Anwendbarkeit des speziellen Beihilferechts der VO 1191 nicht im Raume stand. Der Gesetzgeber hatte von der ihm durch die VO 1191 eingeräumten Ausnahmemöglichkeit zugunsten des nationalen Rechts Gebrauch gemacht. Deshalb waren eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen beihilferechtlich bislang nach den allgemeinen Beihilfavorschriften der Art. 87 ff. EG-Vertrag (jetzt Art. 107 ff. AEUV) und nicht nach der VO 1191 zu würdigen. Mittlerweile ist durch das Inkrafttreten der VO 1370 die Unterscheidung zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen entfallen. Die VO 1370 ist nach Art. 9 Abs. 1 als spezielles Beihilferecht auf die Gewährung

von Ausgleichsleistungen für alle Linienverkehrsleistungen einheitlich anwendbar.

In seinen Entscheidungen vom 29. Oktober 2009 (BVerwG, 29.10.2009, 3 C 1.09 und 3 C 2.09.) hat das Bundesverwaltungsgericht erstmals eine Abstimmungspflicht zwischen dem Aufgabenträger und der Genehmigungsbehörde anerkannt. Zudem ermöglicht es Art. 5 Abs. 7 VO 1370 Personen, die angeben, bei einer Vergabe durch einen Verstoß gegen das (gesamte) Gemeinschaftsrecht, wozu auch das Beihilferecht gehört, geschädigt zu sein, Antrag auf Überprüfung der Vergabeentscheidung zu stellen. Dies spricht dafür, dass die Erteilung einer Linienverkehrsgenehmigung, der eine beihilferechtswidrige Finanzierung und damit ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht in Form der VO 1370 zugrunde liegt, nicht erfolgen darf. Eine Bindungswirkung der Genehmigungsbehörde an eine (beihilferechtlich) rechtswidrige Gewährung von Ausgleichsleistungen an den Unternehmer durch den ÖPNV-Aufgabenträger besteht nicht. Das gilt umso mehr, wenn eine vorherige Abstimmung der Entscheidungen der beiden Behörden untereinander nicht stattgefunden hat, sondern der ÖPNV-Aufgabenträger eine mit der Genehmigungsbehörde unabhingende Entscheidung getroffen hat.

Wie weit die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Finanzierung der Verkehrsleistungen durch die Genehmigungsbehörde gehen muss und wie intensiv die Informationspflichten des ÖPNV-Aufgabenträgers gegenüber der Genehmigungsbehörde sein müssen, ist ungeklärt. In jedem Fall ist es in erster Linie Aufgabe des ÖPNV-Aufgabenträgers als Zuwendungsgeber, eine beihilfekonforme Finanzierung in dem öffentlichen Dienstleistungsauftrag mit dem Unternehmer sicherzustellen. Denkbar wäre es, eine Bestätigung des Aufgabenträgers über die Beihilfekonformität der Finanzierung der Verkehrsleistungen gegenüber der Genehmigungsbehörde ausreichen zu lassen. Die Genehmigungs-

behörde müsste dann nur bei sich aufdrängenden Zweifeln an der Richtigkeit einer solchen Bestätigung von sich aus weitere Schritte einleiten.

Probleme können für den Unternehmer entstehen, wenn er sich in dem öffentlichen Dienstleistungsauftrag gegenüber dem ÖPNV-Aufgabenträger bereits gebunden hat, Verkehrsleistungen in einer bestimmten Art und Weise zu erbringen, die Genehmigungsbehörde wegen Zweifeln an der Beihilfekonformität der Finanzierung dieser Verkehrsleistungen dem Unternehmer die hierfür erforderliche Genehmigung jedoch nicht erteilt. Verfügt der Unternehmer trotz öffentlichem Dienstleistungsauftrag mit dem Aufgabenträger nicht über eine wirksame Liniengenehmigung, darf er die gegenüber dem Aufgabenträger vereinbarten Verkehrsleistungen wegen § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 PBefG nicht erbringen. Es ist daher sinnvoll und zweckmäßig, in den öffentlichen Dienstleistungsauftrag zwischen ÖPNV-Aufgabenträger und Unternehmer für solche Fälle eine Auflösungsklausel oder -bedingung aufzunehmen.

VIII. Die Vergabe an einen internen Betreiber nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370

Anwendbarkeit des Vergaberegimes der VO 1370

Wenn der Aufgabenträger mit dem Verkehrsunternehmen einen Verkehrsfinanzierungsvertrag schließt, liegt ein *Dienstleistungsauftrag* im Sinne der VO 1370 vor, der grundsätzlich nach Art. 5 Abs. 2-6 VO 1370 zu vergeben ist. Nur im Bereich Bus und Bahn ist stattdessen nach den Vergaberichtlinien RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG vorzugehen, wenn Dienstleistungsaufträge im Sinne des allgemeinen Vergaberechts vorliegen (Art. 5 Abs. 1 S. 2 u. 3 VO 1370). Hier darf der Aufgabenträger die Verkehrsfinanzierungsverträge nur dann nach der VO 1370 vergeben,

wenn sie den Charakter von **Dienstleistungskonzessionen** tragen, das heißt, wenn nach der Vertragsgestaltung und der Höhe der Ausgleichsleistungen der Betreiber das Betriebsrisiko trägt.

Kein Entgegenstehen nationalen Rechts

Die Direktvergabe steht unter dem Vorbehalt der Zulässigkeit nach nationalem Recht (Art. 5 Abs. 2 S. 1 VO 1370). Als Hindernisse kommen hier die *Berufsfreiheit* der nicht ausgewählten Betreiber (Art. 12 GG) sowie der allgemeine *Gleichheitssatz* (Art. 3 Abs. 1 GG) und das nationale *Haushaltsrecht* in Betracht.

Einer drohenden Verletzung der Berufsfreiheit kann ausreichend vorgebeugt werden: Das dauerhafte Erbringen von Personenbeförderungsleistungen gegen Entgelt zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage durch Private stellt zwar eine *Berufsausübung* dar. Durch die Entscheidung zur Direktvergabe wird den privaten Betreibern der Zugang zum Markt entzogen, womit für diejenigen, die die Verkehrsdienste selbst wirtschaftlich betreiben könnten, auch in die Berufsfreiheit *eingegriffen* wird.

In Ausnahmefällen kann dies dazu führen, dass dem privaten Betreiber jegliche Möglichkeit der Berufsausübung genommen wird, nämlich wenn für ihn auch außerhalb des Gebietes, für das der Vertrag vergeben wird, die Erbringung von Personenverkehrsdienstleistungen unmöglich ist. Hierin läge eine objektive *Berufswahl-schranke* bzw. eine vergleichbar intensive Beschränkung, die man nur zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut rechtfertigen kann.

Um eine Verletzung der Berufsfreiheit zu verhindern, sollte der interne Betreiber daher zur Vergabe eines *Minimums von Unteraufträgen an private Betreiber* verpflichtet werden.

Im Regelfall wirkt sich die Direktvergabe nur als Beschränkung der Berufsausübung aus, was bereits zum Schutz einer vernünftigen Erwägung des Gemeinwohls geschehen darf. Dieses liegt hier im Interesse an der Aufrechterhaltung des ÖPNV ohne zeit- sowie kostenaufwendiges Verfahren.

Kontroll- und Territorialitätskriterium, Sperre für weitere Vergaben

Um einen „internen Betreiber“ handelt es sich nur dann, wenn die zuständige Behörde bzw. Gruppe von Behörden über die rechtlich getrennte Einheit des Betreibers eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübt (*Kontrollkriterium*). Anders als nach den Inhouse-Kriterien im allgemeinen Vergaberecht muss die zuständige Behörde hierfür nicht notwendigerweise alle Anteile an der Betriebsgesellschaft halten, solange ein *faktischer Einfluss* besteht. Für diesen geben der Umfang der Vertretungsmacht von Behördenvertretern in den leitenden Organen, die Bestimmungen der Satzung, Eigentumsrechte der Behörde sowie deren Einfluss auf strategische Entscheidungen und Managemententscheidungen den Ausschlag (Art. 5 Abs. 2 lit. a VO 1370).

Nach dem *Tätigkeits- bzw. Territorialitätskriterium* dürfen der interne Betreiber und von ihm beeinflusste Einheiten nur innerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Behörde tätig sein (Art. 5 Abs. 2 lit. b VO 1370). Zudem besteht eine *befristete Sperre* des internen Betreibers für sonstige Vergabeverfahren: Er darf sich an wettbewerblichen Vergabeverfahren frühestens zwei Jahre vor Ablauf des an ihn vergebenen Dienstleistungsauftrages und nur dann beteiligen, wenn dessen zukünftige wettbewerbliche Vergabe beschlossen wurde und er kein Auftragnehmer weiterer direkt vergebener Aufträge ist (Art. 5 Abs. 2 lit. c VO 1370).

Vorveröffentlichung, beschränkter Umfang von Unteraufträgen

Ein Jahr vor Einleitung des Vergabeverfahrens muss auch bei Direktvergaben eine *Vorveröffentlichung* im Amtsblatt der EU erfolgen (Art. 7 Abs. 2 VO 1370), worin unter anderem der zulässige Umfang von Unteraufträgen aufzuführen ist.

Diesbezüglich gilt eine strengere Schranke für den internen Betreiber als für sonstige Betreiber: Er muss den *überwiegenden Teil*, also über 50 Prozent der Verkehrsdienstleistungen, in Eigenleistung erbringen (Art. 5 Abs. 2 lit. e VO 1370).

IX. Die Bagatellvergabe und die Vergabe an kleine und mittlere Unternehmen nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370

Neben der Vergabe an einen internen Betreiber und der Direktvergabe bei Notmaßnahmen sieht die Verordnung in Art. 5 Abs. 4 VO 1370 zwei vom Auftragswert abhängige Fälle der Direktvergabe vor, nämlich die Direktvergabe aufgrund geringer Auftragshöhe (*Bagatelldirektvergabe*, S. 1) sowie die Direktvergabe *an kleine und mittlere Unternehmen* (S. 2) mit höherem zulässigen Auftragswert.

Kein Entgegenstehen nationalen Rechts

Den Direktvergaben darf ebenso wie bei der Vergabe an einen internen Betreiber kein *nationales Recht* entgegenstehen (siehe oben).

Anders als bei der internen Vergabe ist bei der Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 4 VO 1370 bereits zweifelhaft, ob überhaupt in die Berufsfreiheit *eingegriffen* wird: Dadurch, dass potenziell interessierte Unternehmen nicht in einem wettbewerblichen Verfahren um den Auftrag konkurrieren können, verringern sich zwar deren Auftragschancen. Gegen einen Ein-

griff spricht aber, dass trotzdem tatsächlich *Wettbewerb* stattfindet: Aufgrund der auch für Direktvergaben geltenden Veröffentlichungspflicht (Art. 7 Abs. 2 VO 1370) können alle interessierten Betreiber von der geplanten Vergabe erfahren; der Aufgabenträger muss in der Regel aus haushaltsrechtlichen Grundsätzen das Wirtschaftlichste aller Angebote auswählen. Somit liegt *kein Eingriff* in die Berufsfreiheit vor.

Selbst bei Annahme eines Eingriffs handelt es sich angesichts der geringen Auftragssummen um eine eher schwache Beeinträchtigung. Zudem liegt wie oben geprüft eine vernünftige Erwägung des Gemeinwohls, die die Beeinträchtigung *jedenfalls rechtfertigt*, vor.

Grenzen der Auftragswerte

Im Wege der *Bagatelldirektvergabe* dürfen Dienstleistungsaufträge unter dem Wert von 1.000.000 € bzw. über weniger als 300.000 km jährlicher Personenverkehrsleistung unabhängig von der Größe des ausgewählten Betreibers direkt vergeben werden (Art. 5 Abs. 4 S. 1 VO 1370). Für die Direktvergabe *an kleinere und mittlere Unternehmen*, das heißt an solche, die nicht mehr als 23 Fahrzeuge betreiben, liegt die Grenze bei einem Auftragswert unter 2.000.000 € bzw. bei unter 600.000 km jährlicher Verkehrsleistung (Art. 5 Abs. 4 S. 2 VO 1370).

Vorveröffentlichung, beschränkter Umfang von Unteraufträgen

Die Pflicht zur *Vorveröffentlichung* ein Jahr vor Einleitung des Vergabeverfahrens besteht auch hier (Art. 7 Abs. 2 VO1370).

Der betraute Betreiber muss außer im Falle gleichzeitiger Beauftragung hinsichtlich Planung, Aufbau und Betrieb der Verkehrsdienste den *bedeutenden Teil*, ca. 25-30 Prozent der öffentlichen Personenverkehrsdienste selbst erbringen (Art. 4

Abs. 7 S. 2 VO1370), was als Bedingung in die Dienstleistungsaufträge aufgenommen werden sollte.

X. Das wettbewerbliche Vergabeverfahren nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370

Im Vergaberegime der Verordnung muss zwingend ein wettbewerbliches Vergabeverfahren stattfinden (Art. 5 Abs. 3 VO 1370), soweit kein Fall vorliegt, in welchem die VO explizit ausnahmsweise Direktvergaben erlaubt (so in Art. 5 Abs. 2, 4, 5, 6 VO 1370).

Vorveröffentlichung

Als ersten Schritt muss der Aufgabenträger bereits spätestens ein Jahr vor der eigentlichen Bekanntgabe des Vergabeverfahrens im Wege der *Vorveröffentlichung* folgende Informationen im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichen lassen (Art. 7 Abs. 2 VO 1370):

- > Name und Anschrift des *Aufgabenträgers* als zuständige Behörde
- > das Vorgehen nach dem *wettbewerblichen Vergabeverfahren*
- > den *Ort und die Art* der zu vergebenden Dienstleistungen

Von der Veröffentlichung darf er nur absehen bei Notmaßnahmen und bei Aufträgen über weniger als 50.000 km jährlicher öffentlicher Personenverkehrsleistung. Bei nachträglicher Änderung der Umstände muss der Auftraggeber die Angaben „so rasch wie möglich“ korrigieren, sodass die interessierten Betreiber noch angemessen reagieren können.

Vergabebekanntmachung

Die Vergabebekanntmachung als zweiter Schritt sollte ebenfalls im Amtsblatt der Europäischen Union erfolgen; ihr Inhalt darf nicht wesentlich von dem der Vorveröffentlichung abweichen und muss **zusätzlich** Folgendes umfassen:

- > den *Inhalt und den Umfang* der Personenbeförderungsdienste
- > die *Frist* für die Abgabe des Teilnahmeantrags und/oder des Angebots
- > die Anschrift der Stelle, bei der die Angebotsunterlagen bzw. die Teilnahmeunterlagen *angefordert* werden können
- > die vorzulegenden *Unterlagen* und Dokumente
- > die für Nachprüfungsverfahren zuständige Stelle (*Vergabekammer*)

Angebotsphase: einstufiges oder zweistufiges Verfahren

Der Aufgabenträger kann zwischen zwei Verfahrensarten wählen: Beim *einstufigen* Verfahren werden über die Bekanntmachung alle interessierten Betreiber direkt aufgerufen, ein *Angebot* für die Erbringung der Verkehrsdienstleistungen abzugeben. Beim *zweistufigen* Verfahren werden zuvor nichtdiskriminierende und transparente Kriterien festgelegt, die die Bieter erfüllen müssen; die interessierten Betreiber werden erst zu einem *Teilnahmewettbewerb* aufgerufen; aus dem Kreis der Teilnehmer dürfen dann nur diejenigen, die den vorgefassten Kriterien genügen, ein Angebot abgeben.

Bei Fehlen der subjektiven Genehmigungsvoraussetzungen nach § 13 PBefG darf auch der Aufgabenträger das Angebot eines Bieters nicht berücksichtigen, da dieser keine Genehmigung zur Personenbeförderung von der Genehmigungsbehörde erhalten würde. Um hier sicherzustellen, dass Finanzierungsvertrag und Genehmigung gleichlaufen, sollte der Aufgabenträger die *Genehmigungsbehörde* in das Vergabeverfahren zum Verkehrsfinanzierungsvertrag *einbinden* und die Voraussetzungen des § 13 PBefG von dieser prüfen lassen.

Die *Fristen* zur Abgabe der Angebote bzw. Teilnahmeanträge müssen für eine fundierte Einschätzung und Erstellung von Angebot bzw. Teilnahmeantrag auch

durch interessierte Betreiber aus anderen Mitgliedstaaten ausreichen.

Leistungsbeschreibung, Auftragsbedingungen und Vergabekriterien

Die VO 1370 gibt keine bestimmten *Auswahl- oder Entscheidungskriterien* vor, sondern verlangt nur, dass die Kriterien und deren Gewichtung den Interessen bzw. Bewerbern vor Angebotsabgabe bekannt gegeben werden, also in der Bekanntmachung oder den Vergabungsunterlagen. In den *Vergabeunterlagen* müssen auch alle sonstigen für den Auftrag maßgeblichen Informationen und Bedingungen, bspw. die Möglichkeit und der erlaubte Umfang von Unteraufträgen, aufgeführt werden.

Unbedingt zu beachtende Anforderungen des Nahverkehrsplans (§ 8 Abs. 3 PBefG) sollten bereits in die *Leistungsbeschreibung* einfließen, nämlich im Rahmen der Definition von Art und Umfang der zu vergebenden Verkehrsdienstleistungen.

Die nach dem PBefG zwingenden subjektiven Genehmigungsvoraussetzungen (§ 13 Abs. 1 PBefG) sind mit Eignungsanforderungen im vergaberechtlichen Sinne gleichzusetzen und können als zwingende *Auswahlkriterien* bzw. als *Auftragsbedingungen* formuliert werden.

Nach der VO 1370 darf der Auftraggeber dem Betreiber im Rahmen der Vergabungsunterlagen auch die Vorgabe machen, seinen Arbeitnehmern dieselben Rechte wie sein Vorgänger den seinigen zu gewähren oder ihm die Einhaltung bestimmter *Sozialstandards* vorschreiben (Art. 4 Abs. 5 VO 1370).

Die flexiblen Faktoren zur Bestimmung des öffentlichen Verkehrsinteresses bzw. zur Festlegung der „qualitativ besten“ Leistung sollten als *Entscheidungskriterien* festgelegt werden, da ihr Vorliegen zu einer Vorrangigkeit des Angebots führen soll, genauso wie bei Zuschlagskriterien im allgemeinen Vergaberecht. Der Aufgabenträger sollte sich in jedem Fall von dem

Preis-Leistungs-Verhältnis als Entscheidungskriterium leiten lassen. Die „beste Qualität“ kann beispielsweise aus den Kriterien der Taktichte, der Fahrzeugqualität wie den Umwelt- oder Sicherheitseigenschaften und der Barrierefreiheit oder der Integration verschiedener Verkehrsdienste folgen. Entsprechend der Bedeutung des einzelnen Kriteriums für den Auftrag muss dessen *Gewichtung* deutlich gemacht werden, etwa durch Prozentangaben der Wichtigkeit oder Vergabe fester Punktzahlen je Kriterium.

Entscheidungsphase

Es gilt nach Abgabe der Angebote in der Regel ein *Verbot von Verhandlungen*, außer bei besonderer oder komplexer Natur der Personenbeförderungsdienstleistungen (Art. 5 Abs. 3 S. 3 VO 1370). Im Sinne der Nichtdiskriminierung und Fairness darf jedoch kein Bieter einen ungerechtfertigten Vorteil durch Zugang zu mehr Information als die anderen Bieter erlangen.

Aufgrund der *Geheimhaltungsinteressen* der Bieter sollte bei der *Anhörung* der im gleichen Einzugsgebiet bereits tätigen Unternehmen nach § 14 PBefG lediglich der Antragsvordruck, Fahrplan und Linienverlauf offenbart werden; das Anhörungsverfahren sollte man erst nach Vorliegen sämtlicher Genehmigungsanträge bzw. nach Ablauf einer hierfür gesetzten Antragsfrist durchführen. Die Aufgabenträger müssen beteiligt werden.

Um einen wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten, muss nach der Vergabebestimmung eine Mitteilung an die nicht berücksichtigten Bieter über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll, den Grund der Nichtberücksichtigung ihrer Angebote und den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Textform vorangehen (*Vorabkennzeichnung*). Erst nach einer weiteren Frist darf dann der Zuschlag erteilt werden.

XI. Fernlinienverkehre

Erstreckt sich der Busverkehr eines Verkehrsunternehmers innerhalb der Bundesrepublik Deutschland über größere Entfernungen, insbesondere über mehrere Bundesländer, so stellt dies einen sogenannten Fernlinienverkehr dar. Auch für diesen sind die rechtlichen Vorgaben des PBefG, insbesondere § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, § 13 Abs. 1 und Abs. 2, § 42 S. 1 PBefG, zu beachten, da der Fernlinienverkehr einen Verkehr mit Kraftfahrzeugen im Linienverkehr darstellt. Nach einem aktuellen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Juni 2010 kann ein Fernlinienverkehr mit Bussen unter Umständen genehmigt werden, auch wenn die Strecke bereits von der Bahn bedient wird, soweit die Fahrpreise im Busverkehr deutlich günstiger sind als die entsprechenden Bahnpreise. Allerdings muss der Bahn die Möglichkeit zu einer Ausgestaltung ihres Schienenverkehrs eingeräumt worden sein. Wurde dies berücksichtigt, so kann auch ein innerdeutscher Fernlinienverkehr mit Bussen zulässig sein.

Für den Fernlinienverkehr erscheint fraglich, ob die Vorgaben der VO 1370 zur Geltung gelangen, da deren Anwendbarkeit für touristische Zwecke gemäß Erwägungsgrund 13 zur VO 1370 und Art. 1 Abs. 2 S. 1 VO 1370 ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Unabhängig davon, ob ein Verkehr in erster Linie touristischen Zwecken dient oder nicht, findet die VO 1370 Anwendung, wenn die Genehmigung gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen (Beförderungs-, Tarif- und Betriebspflicht) auferlegt. Da eine Linie im Fernverkehr aufgrund deren Ausgestaltung als Linien Genehmigung gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt, führt dies zur Anwendbarkeit der VO 1370, weshalb deren Vorgaben zu beachten sind.

Soweit von der Übergangsvorschrift des Art. 8 Abs. 2 VO 1370 Gebrauch gemacht wird, erfolgt die „Vergabe“ der Genehmigung nach den Vorschriften des PBefG. Einer europaweiten Ausschreibung bedarf es daher nicht.

Das Verfahren wird durch die an dem Linienverkehr interessierten Unternehmer mittels eines Antrags gem. § 12 PBefG eingeleitet.

Hinsichtlich der Anhörung der Unternehmer, die im Einzugsbereich des beantragten Verkehrs einen Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen betreiben, § 14 Abs. 1 Nr. 1 PBefG, ist zu beachten, dass diesen nicht die Antragsunterlagen von Mitbewerbern zugänglich gemacht werden, da dies mit den Grundsätzen der Chancengleichheit und Transparenz, die aufgrund der unmittelbaren Geltung der VO 1370 stets zu beachten sind, nicht vereinbar wäre.

Soweit von der Übergangsregelung des Art. 8 Abs. 2 VO 1370 Gebrauch gemacht wird, ist die Genehmigungsdauer unter Berücksichtigung der öffentlichen Verkehrsinteressen auf maximal acht Jahre zu bemessen, § 16 Abs. 2 S. 1 und 2 PBefG.

Sobald mehrere Bewerber um eine Linie konkurrieren, wandelt sich der aus § 1 GewO resultierende Anspruch auf Erteilung der personenbeförderungsrechtlichen Genehmigung in einen Anspruch auf eine fehlerfreie Ermessensentscheidung. Der Behörde steht somit ein weiter Ermessensspielraum zu, der gerichtlich nur eingeschränkt im Rahmen des § 114 VwGO prüfbar ist.

Die materiell-rechtlichen Anforderungen an die Genehmigung ergeben sich aus § 13 PBefG, sollen hier aber keiner näheren Betrachtung unterzogen werden.



Zu beachten ist jedoch, dass § 13 Abs. 3 PBefG europarechtskonform auszulegen ist, wenn sich ein Altunternehmer im Anschluss an eine auslaufende Genehmigung neben einem Neubewerber bewirbt. Allerdings darf dieser aufgrund seiner Altunternehmerstellung nicht privilegiert werden, da dies dem durch die VO 1370 geforderten Postulat der Fairness und Nichtdiskriminierung widerspräche. Nur wenn ein Altunternehmer und ein Neubewerber zwei völlig identische Anträge stellen, diese also unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten und Aspekten des Verkehrs völlig übereinstimmen, kann an eine Berücksichtigung der bisherigen Leistungen des Altunternehmers gedacht werden. Im Ergebnis darf dem Altunternehmer jedoch keine vorweggenommene – wie auch immer gestaltete – Bevorzugung aufgrund seiner Altunternehmerstellung (europarechtskonforme Auslegung) zukommen. Weiterhin wird man die parallele Bedienung einer Linie durch mehrere Unternehmer nicht als zulässig erachten können, da die bestehenden Konkurrenzverhältnisse stets die Gefahr in sich bergen, dass versucht wird, zulasten der Verkehrssicherheit Kosten zu sparen. Zudem besagt auch § 9 Abs. 1 Nr. 3 PBefG, dass die Genehmigung für die Linienführung und den Betrieb erteilt wird. Aufgrund der Linienbezogenheit der personenbeförderungsrechtlichen Genehmigung ist eine parallele Bedienung unzulässig, zumal nur so dem Unternehmer eine gewisse Planungssicherheit ge-

währleistet wird. Soweit der Fernlinienverkehr mit Bussen in Konkurrenz zu einer Linie der Bahn tritt, kann dieser nur unter Beachtung der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Juni 2010 genehmigt werden.

XII. Rechtsschutz

Widerspruch / Klage gegen Genehmigungen nach dem PBefG

Wird einem Unternehmer eine Liniengenehmigung erteilt, so kann der unterlegene Konkurrent hiergegen Widerspruch erheben. Wird dem Widerspruch nicht abgeholfen und ergeht ein ablehnender Widerspruchsbescheid, so kann der unterlegene Konkurrent Klage beim zuständigen Verwaltungsgericht erheben.

Der unterlegene Konkurrent kann seine Zulassung zunächst mittels eines Anfechtungswiderspruchs gegen die Genehmigung des obsiegenden Unternehmers erreichen. Erst wenn gegen diese Genehmigung erfolgreich vorgegangen wurde, wird dem unterlegenen Konkurrenten die Möglichkeit eröffnet, hinsichtlich der ihm gegenüber verweigerten Genehmigung mittels eines Verpflichtungswiderspruchs vorzugehen. Dieses prozessuale Vorgehen, das auch unter dem Schlagwort der „Konkurrentenklage“ bekannt ist, ist allgemein anerkannt.

Im Falle einer klageweisen Durchsetzung liegt eine sog. „Konkurrentenklage“ vor. Für eine **Anfechtungsklage** des unterlegenen Konkurrenten gilt mangels abweichendem Fachrechts der Grundsatz, dass es für deren Begründetheit auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung, also dem Erlass des Widerspruchsbescheids, ankommt. Hinsichtlich der **Verpflichtungsklage** ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung maßgeblich.

Einstweilige Erlaubnis, § 20 PBefG

Wird einem Unternehmer eine einstweilige Erlaubnis erteilt, so kommt dem Widerspruch bzw. der Klage des unterlegenen Konkurrenten aufgrund der sofortigen Vollziehbarkeit der einstweiligen Erlaubnis entgegen § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO keine aufschiebende Wirkung zu. Nach der Rechtsprechung ist in diesem Fall zunächst ein Verfahren nach § 80a, § 80 Abs. 5 VwGO durchzuführen. Im Erfolgsfall wird das Gericht die aufschiebende Wirkung wiederherstellen. Erst danach kommt eine erneute Entscheidung über eine einstweilige Anordnung gem. § 123 VwGO auf Erteilung einer einstweiligen Erlaubnis gem. § 20 PBefG in Betracht.

Rödl & Partner

ist eine der führenden Beratungs- und Prüfungsgesellschaften in Deutschland. Rödl & Partner bietet umfassende Leistungen für den öffentlichen Sektor aus einer Hand aus den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Steuer-, Rechts- und Unternehmensberatung.

Die Autoren



Jörg Niemann

Leiter Kompetenz-Center
Verkehr

E-Mail:

joerg.niemann@roedl.com



Prof. Dr. Andreas Saxinger

E-Mail:

andreas.saxinger@roedl.com



Holger Schröder

Rechtsanwalt

E-Mail:

holger.schroeder@roedl.com



Jan-Volkert Schmitz

Rechtsanwalt

E-Mail:

jan-volkert.schmitz@roedl.com



Benjamin Zahn

Rechtsanwalt

E-Mail:

benjamin.zahn@roedl.com

Kontakt

Rödl & Partner Hamburg
Kompetenz-Center Verkehr
Hans-Henny-Hahnn-Weg 35
22085 Hamburg

Telefon: +49 (40) 22 92 97-60

Fax: +49 (40) 22 92 97-39