

# **Aktuelle Entwicklungen im Öffentlichen Personen Nahverkehr in den neuen Ländern**

Von Dr. Caspar David *Hermanns* und Dr. Dietmar *Hönig*, Berlin<sup>1</sup>

Im Zuge der im Dezember 1993 beschlossenen Bahnreform wurde auch das Personenbeförderungsgesetz (PBefG) zum 01.01.1996 geändert, um es an die seit dem 01.07.1992 geltenden Vorgaben der Kommissionsverordnung 1893/91 für die Gewährung von Beihilfen im ÖPNV anzupassen. Allgemein sahen und sehen sich dabei nun vor allem in kommunaler Hand befindliche Verkehrsunternehmen vor große Probleme gestellt, da sie nicht von heute auf morgen das Kostenniveau der privaten Konkurrenz erreichen können. So müssen sie derzeit allein schon im Bereich des Personalwesens, dem größten Kostenblock, zwischen 30 % und 50 % höhere Kosten als ihre privaten Konkurrenten tragen. Des weiteren bewirken das öffentliche Dienst- und Arbeitsrecht und die, soweit sie beachtet werden, restriktiven Vorschriften hinsichtlich der Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung der Kommunen ihr übriges<sup>2</sup>. Und in den neuen Bundesländern galt und gilt es noch weitere im Bereich des ÖPNV gravierende Umstrukturierungsprozesse zu bewältigen. Während zu Zeiten der DDR die Verkehrsverbindungen an den Verwaltungsstrukturen ausgerichtet waren und zumeist die in volkseigenen Kombinatn organisierten Werksverkehre den größten Anteil an der Personenbeförderung hatten, mußte nach der Wiederherstellung der deutschen Einheit ein an wirtschaftlichen, sich allerdings durchweg verändernden, Strukturen und dem in einem nicht zu erwartenden Ausmaß gestiegenen Mobilitätsbedürfnis der Bevölkerung orientierter ÖPNV implementiert werden<sup>3</sup>. Unter Berücksichtigung der überdies hierfür nur spärlich zur Verfügung stehenden Mittel ist es nicht zu weit gegriffen, verschiedene in den neuen Ländern entwickelte rechtliche Modelle zur Vergabe und zum Betrieb von Leistungen im ÖPNV durchaus als Motor der Entwicklung dieses jungen Rechtsgebietes zu bezeichnen<sup>4</sup>.

## **A. Begriff des ÖPNV**

Der ÖPNV ist in § 8 Abs. 1 S. 1 PBefG und in § 2 RegG legaldefiniert als allgemein zugängliche Beförderung von Personen mit Straßenbahnen, Obussen und Kraftfahrzeugen im Linienverkehr, die überwiegend dazu bestimmt sind, die Verkehrsnachfrage im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr zu befriedigen. Dies ist gemäß § 8 Abs. 1 S. 2 PBefG im Zweifel der Fall, wenn in der Mehrzahl der Beförderungsfälle eines Verkehrsmittels die gesamte Reiseweite 50 km oder die gesamte Reisezeit eine Stunde nicht übersteigt. ÖPNV ist aber auch der Oberbegriff für den

---

<sup>1</sup>Die Verfasser sind Referendare am KG.

<sup>2</sup>*Muthesius*, in *Püttner*, ÖPNV in Bewegung, Baden-Baden 2000, S. 13, 19.

<sup>3</sup>*Heyer*, der landkreis 2001, 528.

<sup>4</sup>Beispielsweise zum Konzept im Landkreis Oberspreewald-Lausitz *Nothing/Niessen*, der landkreis 1999, 647, 650.

Schienenpersonennahverkehr (SPNV), welcher gemäß § 2 Abs. 5 S. 1 AEG die allgemein zugängliche Beförderung von Personen in Zügen der Eisenbahnen umfaßt. Für den SPNV ist das Verkehrsgewerberecht des AEG anzuwenden. Im folgenden wird, der allgemeinen Verwendung der Terminologie entsprechend<sup>5</sup>, der Begriff des ÖPNV grundsätzlich für den Bereich des PBefG verwendet und im Falle von Abweichungen hiervon dies kenntlich gemacht.

## **B. Die Rechtsquellen und deren Anwendungsbereich**

Der Rechtsrahmen und die Entwicklung der Rechts des ÖPNV sind vor allem durch die Privatisierung der Deutschen Bahnen geprägt worden. So wurde das Personenbeförderungsgesetz (PBefG) im gleichen Zuge zum 01.01.1996 in wesentlichen Teilen, auf die noch später einzugehen sein wird, novelliert. Das PBefG wird vor allem durch das Regionalisierungsgesetz des Bundes (RegG)<sup>7</sup>, die Berufszugangs-Verordnung zum PBefG (Berufszugangs-VO)<sup>8</sup> und die ÖPNV-Gesetze der Länder ergänzt.

Überlagert werden die nationalen Bestimmungen vom europäischen Recht, insbesondere von der Verordnung des Rates der Europäischen Gemeinschaften 1191/69 vom 26.06.1969<sup>9</sup> in der Fassung der Verordnung 1893/91 vom 20.06.1991<sup>10</sup>. Sie regelt die Zulässigkeit von Beihilfen für den Bereich des Öffentlichen Personennahverkehrs und gilt daher nur für gemeinwirtschaftliche Verkehre. Deshalb wird sie auch als reine Wettbewerbsregelung angesehen<sup>11</sup>, die die Marktöffnung im Bereich der Verkehrswirtschaft bezwecken soll<sup>12</sup>.

Das PBefG selbst setzt eine primär eigenwirtschaftliche Bedienung von Linien voraus, nur soweit dies nicht möglich ist, sollen Verkehrsleistungen gemeinwirtschaftlich erbracht werden. Bei einer konsequenten Anwendung der Verordnungen kommt man allerdings zu dem Ergebnis, daß die weitaus größte Zahl an Verkehrsleistungen nur gemeinwirtschaftlich erbracht werden kann, da sich diese selbst nicht tragen<sup>13</sup>.

---

<sup>5</sup>*Bersch/Werner*, ZUR 1997, 26 f. Dem Begriff des ÖPNV fällt eine doppelte Rolle zu, zum einen weil er für den eigenständigen im PBefG geregelten Rechtsbereich der gewerblichen Personenbeförderung steht, andererseits aber auch als Oberbegriff für sämtliche öffentliche Verkehrsleistungen verwendet wird, die in einer bestimmten Region angeboten werden.

<sup>7</sup>Eingeführt durch Art. 4 ENeuOG, BGBl. 1993 I S. 2395.

<sup>8</sup>BGBl. 1991 I S. 896.

<sup>9</sup>ABl. 1969 Nr. L 156/1.

<sup>10</sup>ABl. 1991 Nr. L 169/1

<sup>11</sup>*Ipsen*, der landkreis 1994, 172, 173.

<sup>12</sup>*Meyer*, DVBl. 1999, 1409.

<sup>13</sup>*Heyer*, der landkreis 2001, 528, 529. Zwar sind den Verkehrsunternehmen, die sich nicht selbst tragende Linien bedienen, gemäß Art. 1 Abs. 4 der Verordnung 1191/69 die Belastungen auszugleichen, die durch die Aufrechterhaltung von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes im Sinne des Art. 1 Abs. 2 der Verordnung 1191/69 nach den Vorgaben dieser Verordnung entstehen. Derartige Ausgleichszahlungen können dabei jedoch nicht zur Beurteilung der Eigenwirtschaftlichkeit herangezogen werden.

## **C. Beteiligte am ÖPNV und deren Aufgaben**

Derzeit bestimmen im wesentlichen fünf unterschiedliche Interessengruppen die Geschicke des ÖPNV. Zum einen sind dies der Bund und die Länder, zum anderen die Aufgabenträger, die sich privater und öffentlicher Verkehrsunternehmen bedienen, um die fünfte und letztlich wichtigste Interessengruppe, die Nutzer des ÖPNV zufriedenzustellen.

### **I. Der Bund und die Länder**

In § 1 RegG hat der Bund festgeschrieben, daß die nach Landesrecht zuständigen Aufgabenträger eine ausreichende Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im ÖPNV sicherstellen. Eine solche ist anhand des öffentlichen Verkehrsinteresses, der Möglichkeit andere Verkehrsmittel einzusetzen und den für die Verkehrsbedienung zu erhebenden Beförderungsentgelten festzustellen. Demgemäß ist die Festlegung einer ausreichenden Verkehrsbedienung eine Aufgabe der Daseinsvorsorge, die nach den ÖPNV-Gesetzen der Länder grundsätzlich von den Kreisen und kreisfreien Städten wahrzunehmen ist<sup>14</sup>. Diese müssen eine Grundversorgung sicherstellen, die an den einem mittleren Lebensstandard entsprechenden Mobilitätsbedürfnissen angepaßt ist<sup>15</sup>. Der Bund selbst beschränkt sich daher auch nur darauf, den Ländern einen bestimmten Betrag für die Finanzierung des ÖPNV zur Verfügung zu stellen. Gemäß § 7 RegG sind die vom Bund zur Verfügung gestellten Mittel, im Jahre 1997 waren es für die neuen Länder 3,157 Mrd. DM von bundesweit insgesamt 12 Mrd. DM, insbesondere für die Finanzierung des SPNV durch die Länder zu verwenden<sup>16</sup>.

### **II. Aufgabenträger**

Dem Aufgabenträger obliegt nach § 8 Abs. 3 PBefG die Planung, Organisation und Durchführung des ÖPNV. Alle fünf neuen Länder haben die Aufgabenträgerschaft in § 3 ihrer ÖPNV-Gesetze bei den Landkreisen und kreisfreien Städten angesiedelt. Allerdings lassen die ÖPNV-Gesetze die Bestimmungen der Gemeindeordnungen grundsätzlich unberührt, so daß sich auch Gemeinden, die nicht zum Aufgabenträger bestimmt wurden, im Rahmen des Gemeindefinanzrechts weiterhin im Bereich des ÖPNV betätigen können<sup>17</sup>.

Die Aufgabenträger handeln gemäß § 1 Abs. 2 RegG bezüglich des SPNV und gemäß den ÖPNV-Gesetzen der Länder auch für übrige gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen nach dem Bestellerprinzip. Dies bedeutet, daß sie für die Gewährleistung des jeweiligen ÖPNV verantwortlich sind und die notwendigen Verkehrsleistungen beschaffen müssen. Die Länder haben

---

<sup>14</sup>Welge, der städtetag 1996, 681, 683.

<sup>15</sup>Werner, ZUR 1997, 12, 13.

<sup>16</sup>Welge, der städtetag 1996, 681, 683.

gemäß § 3 RegG in ihren ÖPNV-Gesetzen sicherzustellen, daß die Zuständigkeit für Planung, Organisation und Finanzierung vom jeweiligen Besteller einheitlich wahrgenommen wird und somit Angebots- und Finanzverantwortung zusammengeführt werden. Diese den SPNV betreffenden Regelungsauftrag haben die Länder nicht nur bezüglich des SPNV in ihren ÖPNV-Gesetzen im wesentlichen ausgeführt, sondern ihn auch auf den ÖPNV übertragen. Zu den Kernpflichten des Aufgabenträgers gehört es, Nahverkehrspläne aufzustellen, aus denen der organisatorische Rahmen des ÖPNV im Bereich des Aufgabenträgers hervorgeht<sup>18</sup>.

### III. Verkehrsunternehmer

Die Aufgabenerfüllung und Bereitstellung der Verkehrsleistung ist vom Verkehrsunternehmen zu leisten. So setzt § 3 PBefG den Verkehrsunternehmer begrifflich voraus, ohne ihn explizit zu definieren. Dabei ist es grundsätzlich Sache des jeweiligen Unternehmers, im Bereich des ÖPNV initiativ zu werden. Seine Aufgabe ist es, den Verkehr im Rahmen der Rechtsordnung zu planen und zu betreiben<sup>19</sup>. Leistungen im ÖPNV werden in der Bundesrepublik derzeit im wesentlichen von ungefähr 2500 privaten und 350 öffentlichen Verkehrsunternehmen erbracht. Diese Unternehmen verfügen über eigene Liniengenehmigungen. Die Länge der Linien des gesamten Netzes im ÖPNV verteilt sich ungefähr hälftig auf die öffentlichen und privaten Verkehrsunternehmen. Rechnet man die Unternehmen hinzu, die als Subunternehmer der öffentlichen Verkehrsunternehmen tätig werden, umfaßt das private im Bereich des ÖPNV tätige Omnibusgewerbe bundesweit schätzungsweise 4000 zumeist mittelständisch geprägte Unternehmen. Diese Unternehmen verfügen im Durchschnitt über ca. 8 Beschäftigte, während die öffentlichen Verkehrsunternehmen durchschnittlich ca. 500 Mitarbeiter haben<sup>20</sup>. Zu berücksichtigen ist bei diesen Zahlen aber, daß in den neuen Ländern vor allem die ländlichen Bereiche noch aus bekannten Gründen anders geprägt sind. Hier fehlt es infolge leistungsfähiger kommunalwirtschaftlicher Strukturen an großen öffentlichen Unternehmen, während gleichzeitig ein privater Mittelstand auch nur schwierig aus der Taufe gehoben werden konnte<sup>21</sup>. Die Folge war und ist, daß hier die aus den ehemaligen Kombinatn herausgelösten Verkehrsbetriebe vielfach eine den Markt dominierende Stellung eingenommen haben und noch einnehmen. So kommt es auch nicht von ungefähr, daß der erste bis vor dem *BVerwG* ausgefochtene und nun die Entscheidung des *EuGH* notwendig machende Streit aus den neuen Ländern stammt.

<sup>17</sup>Hierzu beispielsweise *Finkenbeiner/Scherm*, BWVP 1995, 245, 246.

<sup>18</sup>Hierzu §§ 7, 8 ÖPNVG Bbg., § 7 MV-ÖPNVG, § 5 Sachs ÖPNVG, §§ 5, 6 ThürÖPNVG; *Welge*, der städtetag 1996, 681 f.; *Meichsner*, der landkreis 1994, 168, 170. Dabei ist umstritten, ob Aufgabenträger nach der Novellierung des PBefG nun eine starke Rolle hat, so *Bidinger*, NZV 1994, 209, 212 f., oder ob das Gegenteil der Fall ist, so *Fromme*, der gemeindehaushalt 1994, 49, 52.

<sup>19</sup>*Fromm*, TranspR 1994, 425, 426.

<sup>20</sup>*Muthesius*, in: *Püttner*, ÖPNV in Bewegung, Baden-Baden 2000, S. 71 f.

<sup>21</sup>*Heyer*, der landkreis 2001, 528.

Es wird davon ausgegangen, daß im deutschen ÖPNV-Markt unter Berücksichtigung der Investitionen schätzungsweise 40 Mrd. DM jährlich umgesetzt werden<sup>22</sup>. Aufgrund dieser wirtschaftlichen Situation erstaunt es nicht, daß zunehmend EU-ausländische Verkehrsunternehmen auf den deutschen Markt drängen. So werden Niederlassungen gegründet, deutsche Verkehrsunternehmen (teilweise) aufgekauft oder auch mit solchen Kooperationen vereinbart. Diese Entwicklung geht mit einer vermehrten Einstufung von Verkehren als gemeinwirtschaftlich und der damit verbundenen Zunahme ihrer öffentlichen Ausschreibung einher<sup>23</sup>.

#### **IV. Genehmigungsbehörde**

Für die Erteilung einer Genehmigung nach § 13 und § 13a PBefG sowie deren Widerruf nach § 25 PBefG sind die jeweiligen Genehmigungsbehörden zuständig, welche in den ÖPNV-Gesetzen der Länder bestimmt sind. Die Genehmigungsbehörde entscheidet über die Anträge nach § 13 und § 13a PBefG auf Erteilung einer Linienkonzession nach pflichtgemäßen Ermessen. Ihr obliegt es gemäß § 8 Abs. 3 PBefG eine ausreichende Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im ÖPNV sicherzustellen, sowie eine wirtschaftliche Verkehrsgestaltung und die Integration der Nahverkehrsbedienung unter Abstimmungen der Fahrpläne und der Beförderungsentgelte zu gewährleisten<sup>24</sup>. Der Nahverkehrsplan des Aufgabenträgers soll berücksichtigt werden. Im Umkehrschluß aus § 13 Abs. 2a PBefG ergibt sich allerdings, daß die Genehmigungsbehörde als Ergebnis der pflichtgemäßen Ermessensausübung auch von dem Nahverkehrsplan abweichen darf, wenn sie dazu aufgrund unzureichender Beachtung übergeordneter Interessen im Nahverkehrsplan Veranlassung hat oder aber die wirtschaftliche Gestaltung der Verkehrsleistungen dies erforderlich macht<sup>25</sup>.

#### **D. Nahverkehrspläne**

Besonders am Zulassungsrecht des ÖPNV ist das planerische Element in Form des Nahverkehrsplans, welches zusätzlich bei der Konzessionsentscheidung zu berücksichtigen ist. So kommt dem in § 8 Abs. 3 S. 2 PBefG geregelten Instrument des Nahverkehrsplans bei der Neuordnung des ÖPNV eine zentrale Bedeutung zu<sup>26</sup>. Als Planungsinstrument zur Ordnung der Nahverkehrsbeziehungen soll er am Bedarf orientierte Aussagen zur Sicherung und Verbesserung des ÖPNV formulieren. Im Nahverkehrsplan werden also die vom Aufgabenträger gewünschten Anforderungen an den allgemeinen ÖPNV gebündelt und konkretisiert<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup>Homburg, der landkreis 2001, 493.

<sup>23</sup>Muthesius, in Püttner, ÖPNV in Bewegung, Baden-Baden 2000, S. 13, 17 f.

<sup>24</sup>Fromme, der gemeindehaushalt 1994, 49, 51 f.

<sup>25</sup>Pützenbacher, NZV 1998, 104, 106.

<sup>26</sup>Pützenbacher, NZV 1998, 104; Bidinger, NZV 1994, 209, 213.

<sup>27</sup>Biletzki, NZV 2000, 313.

Nahverkehrspläne sind Rahmenpläne und daher auf Ausfüllung angelegt, was gleichfalls eine erschöpfende Regelungsdichte ausschließt<sup>28</sup>. Ihre Rechtsnatur ist jedoch unklar<sup>29</sup> und auch die Interpretation dessen, was noch als rahmengebend oder aber schon als den Rahmen ausfüllend betrachtet werden kann, ist umstritten. Die Beantwortung der Frage hat dabei für die Unternehmer eine nicht zu unterschätzende Bedeutung, da die Regelungsdichte der Nahverkehrspläne nachhaltig den unternehmerischen Gestaltungsspielraum des Verkehrsunternehmers bestimmt. Je detaillierter und ausgefeilter ein Nahverkehrsplan ist, desto geringere Möglichkeiten hat der Verkehrsunternehmer, durch Entscheidungen über die Quantität der Bedienung der Linien seinen wirtschaftlichen Erfolg zu bestimmen<sup>30</sup>.

Eine weitere Konsequenz ist, daß die Bindungswirkung des Nahverkehrsplans für die Entscheidung der Genehmigungsbehörde in unmittelbarer Abhängigkeit von seiner Detailliertheit steht. In Sachsen-Anhalt beispielsweise ermöglicht § 6 Abs. 3 Nr. 9 ÖPNVG sehr genaue Regelungen hinsichtlich der Gestaltung des Nahverkehrs. Dementsprechend wird davon ausgegangen, daß ein Nahverkehrsplan schon die Grundlage für die konkrete Ausgestaltung des gesamten ÖPNV im Bereich des Aufgabenträgers bildet und daher von der Genehmigungsbehörde bei der Erteilung der Konzession auch zu berücksichtigen ist<sup>31</sup>.

## **E. Zuteilung von Konzessionen**

Die Zuteilung der für den Betrieb eines Verkehrs erforderlichen Konzession erfolgt in einem, vor allem infolge der europarechtlichen Einwirkungen, komplizierten Genehmigungsverfahren, wobei hier der grundlegende Unterschied zwischen eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen zum Tragen kommt.

### **I. Das Genehmigungsverfahren**

Sollen Verkehrsleistungen erbracht werden bedarf es nach § 2 Abs. 2 PBefG i. V. m. § 1 Abs. 1 PBefG einer Genehmigung. Hierbei handelt es sich um eine Unternehmerngenehmigung, sie wird dem Unternehmer unter der Maßgabe, daß er den genehmigten Verkehr im eigenen Namen, unter

---

<sup>28</sup>Pützenbacher, NZV 1998, 104.

<sup>29</sup>Fromm, TranspR 1994, 425, 428.

<sup>30</sup>Der Nahverkehrsplan wird daher darauf beschränkt, allein über eine effiziente Aufgabenerfüllung der in ihm im einzelnen geregelten Verkehrsleistungen sein Betriebsergebnis zu optimieren. Dies hat auch zur Konsequenz, das regelungsintensive Nahverkehrspläne zu einer erhöhten Vergleichbarkeit der Angebote der Bewerber um eine Linie führen, was noch mehr von Bedeutung ist, wenn diese Linien nur gemeinwirtschaftlich erbracht werden können und deshalb ausschreibungspflichtig sind.

<sup>31</sup>Pützenbacher, NZV 1998, 104, 105. Den Unternehmen bleibt daher lediglich die Umsetzung der konzeptionellen Vorgaben des Nahverkehrsplans. Ob diesem nun eine starke Rolle zukommt oder aber das Gegenteil der Fall ist, hängt zum einen von der Ausgestaltung des jeweiligen Plans und zum anderen von dessen Auslegung ab, wobei aber immer die Konsequenzen für die Genehmigungsentscheidung und die Rechte des Unternehmers zu berücksichtigen sind. A. A. Finkenbeiner/Scherm, BWVP 1995, 275, 276.

eigener Verantwortung und auf eigene Rechnung betreibt, auf bestimmte Zeit erteilt. Als mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt unterliegt eine derartige Genehmigung nach § 13 bzw. § 13a PBefG der Antragspflicht und darf im übrigen nur erteilt werden, wenn bestimmte, im PBefG im einzelnen geregelte, Voraussetzungen gegeben sind.

Inhalt der Genehmigung ist die Befugnis des Unternehmers, auf einer bestimmten Linie gleichsam monopolartig seine Leistungen anzubieten. Im Gegenzug werden in der Genehmigung auch verschiedene Modalitäten seines Linienverkehrs – beispielsweise der Fahrplan oder die Beförderungsentgelte, aber auch die Pflicht, einen bestimmten Betrieb zu gewährleisten – geregelt<sup>32</sup>. Nach Antragstellung durch den Unternehmer hört die Genehmigungsbehörde dann den Aufgabenträger im Rahmen des Anhörungsverfahrens nach § 14 PBefG an. Handelt es sich bei dem beantragten Verkehr um eine gemeinwirtschaftliche Leistung, kommt es bereits vor Antragstellung des Verkehrsunternehmers zunächst zu einem Ausschreibungsverfahren und sodann zu einer Vereinbarung mit dem Aufgabenträger, in dem Art, Umfang und Vergütung der Leistungserbringung vertraglich geregelt werden<sup>33</sup>. Ein weiterer Unterschied ist, daß bei gemeinwirtschaftlichen Leistungen die Genehmigung nach § 13a PBefG erteilt wird und auf § 13 PBefG nur begrenzt verwiesen wird, so daß es erforderlich ist, zu Beginn der Prüfung eine Abgrenzung von eigenwirtschaftlicher und gemeinwirtschaftlicher Leistungserbringung vorzunehmen.

## **II. Abgrenzung der Eigenwirtschaftlichkeit von der Gemeinwirtschaftlichkeit**

Die Unterscheidung von eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren läßt sich holzschnittartig am besten dadurch veranschaulichen, daß Verkehrsleistungen dann gemeinwirtschaftlich sind, wenn sie *nicht* kostendeckend erbracht werden. Die eigenwirtschaftlichen Leistungen sind hingegen marktbestimmt, sie werden vom Unternehmer im Gegensatz zu den gemeinwirtschaftlichen Leistungen ohne staatliche Zuschüsse erbracht. Deshalb sind als gemeinwirtschaftlich nur solche Leistungen zu sehen, die von vornherein nicht als eigenwirtschaftlich erbringbar in Betracht kommen und für die deshalb eine Abdeckung des wirtschaftlichen Risikos durch den Aufgabenträger angeboten wird. Daher gibt es auch kein Wahlrecht zwischen einem eigen- oder gemeinwirtschaftlichen Betrieb eines Verkehrs<sup>34</sup>. Gemäß § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG, der die EG-Verordnungen 1191/69 und 1893/91 umsetzen soll, ist vielmehr davon auszugehen, daß Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr grundsätzlich eigenwirtschaftlich zu erbringen sind.

<sup>32</sup>Ronellenfitsch, VerwArch. 2001, 131, 139.

<sup>33</sup>Neusinger, ZKF 2000, 242, 243; Muthesius, in Püttner, ÖPNV in Bewegung, Baden-Baden 2000, S. 71, 76 f.

<sup>34</sup>Berschlin, ZUR 1997, 4, 9.

### III. Genehmigung eigenwirtschaftlicher Unternehmen

#### 1. Eigenwirtschaftlichkeit

Grundvoraussetzung für eine eigenwirtschaftlich zu erbringende Verkehrsleistung ist neben dem Verkehrsinteresse die Leistungsfähigkeit des Verkehrsunternehmers, die § 13 Abs. 1 Nr. 1 PBefG voraussetzt. Ein Unternehmer, der nicht leistungsfähig ist, kann den beantragten Verkehr auch nicht eigenwirtschaftlich betreiben. Die Kriterien der Eigenwirtschaftlichkeit und der Leistungsfähigkeit des Unternehmers werden also normativ miteinander verknüpft. Konkretisiert wird das Kriterium der Leistungsfähigkeit durch die BerufszugangsVO, die Mindestbeträge vorsieht, deren Vorhandensein der Unternehmer bei Beantragung seiner Konzession nachweisen muß. Es kommt daher auf die finanzielle Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung an.

Eigenwirtschaftlichkeit ist nach der Legaldefinition des § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG gegeben, wenn der Aufwand einer Verkehrsleistung durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne gedeckt wird.

Umstritten ist dabei, was unter sonstigen Unternehmenserträgen im handelsrechtlichen Sinne zu verstehen ist, denn an dieser Stelle wird das Spannungsverhältnis zu gemeinwirtschaftlichen Verkehren begründet. Die Definition dieser sonstigen betrieblichen Einnahmen ist das zentrale Abgrenzungskriterium zwischen eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen<sup>35</sup>. Doch auch vor dem Hintergrund, daß der Begriff der sonstigen Unternehmenserträge bereits in den §§ 275 und 277 HGB verwendet wird, konnte bisher keine Klärung erreicht werden. So wird vertreten, die Formulierung des § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG diene allein dazu, die Quersubventionierung im ÖPNV dauerhaft zu gewährleisten<sup>36</sup>. Dies wäre dann der Fall, wenn zu den sonstigen Unternehmenserträgen im Sinne von § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG über den steuerlichen Querverbund hinaus, in dem die Gewinne der einen Unternehmenssparte mit den Verlusten einer anderen Unternehmenssparte verrechnet werden, auch Erträge aus Verlustübernahmen im weitesten Sinne und beim Verkehrsunternehmen vereinnahmte Einlagen der Muttergesellschaft gerechnet werden würden. Dies war bisher die weit verbreitete Praxis, weshalb auch nahezu alle Verkehrsleistungen eigenwirtschaftlich erbracht wurden<sup>37</sup>. Ob diese Rechtsauffassung aber schlußendlich Bestand haben wird, muß nun der *EuGH* entscheiden<sup>38</sup>. Folgt

<sup>35</sup>Meyer, DVBl. 1999, 1409, 1410.

<sup>36</sup>Fromm, TranspR 1994, 425, 430.

<sup>37</sup>Neusinger, ZKF 2000, 242, 244.

<sup>38</sup>Auf Vorlage des *BVerwG*, Beschl. v. 6.4.2000 – 3 C 7.99 – NVwZ 2001, 320, hat der *EuGH* insbesondere darüber zu befinden, ob Zuschüsse zum Defizitenausgleich im öffentlichen Personennahverkehr schon grundsätzlich dem Beihilfeverbot des Art. 87 Abs. 1 EG unterliegen und demgemäß Art. 5 Unterabs. 2 der VO (EWG) 1191/69 in der Fassung der VO (EWG) 1893/91 widersprechen. Ferner wird er zu klären haben, ob die nationalen Gesetzgeber gemäß Art. 73 EGV generell die Möglichkeit haben, öffentliche Zuschüsse zum Ausgleich von Defiziten im öffentlichen

er dabei der Rechtsauffassung des *OVG Magdeburg*<sup>39</sup> und legt er den Begriff der sonstigen Unternehmenserträge sehr eng aus oder vertritt er sogar die Auffassung, daß § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG nicht mit europäischem Recht vereinbar und daher unanwendbar ist, würde dies voraussichtlich das Ende der unmittelbaren Quersubventionierung durch Verlustübernahme oder Gewährung von Zuschüssen bedeuten<sup>40</sup>, wenn diese im Wettbewerb zu Lasten eines Mitbewerbers gehen würde<sup>41</sup>. Dies gilt zumindest dann, wenn die dafür aufgewendeten Mittel nicht im freien Wettbewerb erwirtschaftet worden sind<sup>42</sup>. Dies würde bedeuten, daß die Zahl der als eigenwirtschaftlich zu genehmigenden Verkehrsleistungen weiter deutlich zurückgehen würde.

## 2. Voraussetzungen des § 13 PBefG

Die Genehmigungsbehörde hat die Genehmigung nach § 13 PBefG zu erteilen, wenn die persönlichen Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 PBefG erfüllt sind und keine Versagungsgründe nach § 13 Abs. 2 u. 2a PBefG vorliegen. Die persönlichen Zulassungsvoraussetzungen des § 13 Abs. 1 PBefG sind an die Eigenschaften des Unternehmers und seines Unternehmens geknüpft, während die Versagungsgründe des § 13 Abs. 2 PBefG auf objektive Voraussetzungen, also den schon vorhandenen Verkehr und das Bedürfnis für eine weitere Bedienung abstellen. Der entscheidende Unterschied dieser Absätze liegt in der Ausgestaltung des Entscheidungsspielraums begründet. Während hinsichtlich der subjektiven Zulassungsvoraussetzungen der Genehmigungsbehörde durch das Wort „kann“ ein Entscheidungsspielraum eingeräumt wird, ist bei Vorliegen einer der Versagungsgründe des § 13 Abs. 2 PBefG die Genehmigung zu versagen.

Demgegenüber ist die Versagung bei Abweichungen des Antrages von den Nahverkehrsplan nach § 13 Abs. 2a PBefG nicht zwingend. Dabei kommt es darauf an, inwieweit dem Nahverkehrsplan eine Bindungswirkung zugesprochen wird und welche eventuellen Abweichungen des Antrages des Unternehmers vom Nahverkehrsplan von der Behörde noch toleriert werden können<sup>43</sup>.

Beantragt der bisherige Unternehmer die Verlängerung der Genehmigung, ist bei der Prüfung der als sogenannte Besitzstandsklausel formulierte § 13 Abs. 3 PBefG zu beachten. Danach wird ein Unternehmer, der jahrelang einen Verkehr auf einer bestimmten Linie im öffentlichen Interesse betreibt, bei Antrag einer neuen Genehmigung vor existenzgefährdenden Veränderungen geschützt. Aus diesem Grund müssen Abweichungen von den Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG sowie den Anforderungen aus dem Nahverkehrsplan nicht gleich zur Versagung der Genehmigung

---

Personenverkehr ohne Rücksicht auf die VO (EWG) 1191/69 in der Fassung der VO (EWG) 1893/91 zuzulassen. Schließlich bedarf es auch einer Entscheidung darüber, ob es dem nationalen Gesetzgeber erlaubt ist, den Bereich des öffentlichen Nahverkehrs von der Anwendung der VO (EWG) 1191/69 auszunehmen.

<sup>39</sup>*OVG Magdeburg*, Urt. v. 7.4.1998 – A 1/5 S 221/97 – LKV 1999, 31.

<sup>40</sup>*Metz*, in *Püttner*, ÖPNV in Bewegung, Baden-Baden 2000, S. 53, 55.

<sup>41</sup>*Heinze*, DÖV 1996, 977, 983.

<sup>42</sup>*Neusinger*, ZKF 2000, 242, 245.

führen. Vielmehr sind diese Belange mit denen, die für einen Erhalt der Verkehrsgenehmigung sprechen, ins Verhältnis zu setzen und gegeneinander abzuwägen. Dabei ist der Besitzstandsschutz immer dann vorrangig, wenn die Beeinträchtigung durch den beantragten Verkehr nicht so schwerwiegend ist, wie der Eingriff in die Existenz des bisherigen Unternehmers durch die Versagung der Genehmigung.

### **3. Auswahlentscheidung**

Bei der Auswahlentscheidung ist die Genehmigungsbehörde weitgehend frei. Sie wird jedoch, wie bereits dargelegt, durch die Vorgaben des Nahverkehrsplans eingeschränkt. In Abhängigkeit von der Stärke dessen Bindungswirkung, hat sich die Auswahl nach den Vorgaben des Nahverkehrsplans zu richten, so daß es letztlich darauf ankommt, wer die bessere Verkehrsbedienung nach den entsprechenden Vorgaben bietet.

Wird von allen Bewerbern eine gleich gute Bedienung angeboten, ist aufgrund sachlicher Erwägungen einem der Bewerber der Vorzug zu geben. Hier spielt die Privilegierung des bisherigen Unternehmers wieder eine große Rolle. Allerdings hat der Altunternehmer nicht schon allein aufgrund seiner bisherigen Stellung eine schutzwürdige Rechtsposition, die es ihm ermöglicht, andere Unternehmen von der Bedienung derselben Linie auszuschließen. Ihm gebührt aber grundsätzlich der Vorrang bei der Auswahlentscheidung zwischen gleichwertigen Anbietern<sup>44</sup> und er kann zudem die Nachbesserung seines ursprünglichen Antrages vorsehen, wenn ein Wettbewerber eine bessere Verkehrsbedienung anbietet. Dasselbe soll für den Anbieter gelten, der als erster den Verkehrsbedarf erkannt und einen entsprechenden Antrag gestellt hat.

### **4. Konkurrentenschutz**

Eine Genehmigung eigenwirtschaftlich erbrachter Verkehrsleistungen bewirkt zwar einen relativen Besitzstandsschutz, schließt Konkurrenz jedoch nicht vollständig aus. Insbesondere das Anhörungsverfahren nach § 14 PBefG vor Erteilung der Liniengenehmigung ermöglicht es nämlich Konkurrenten, ebenso eine Genehmigung zu beantragen.

Dabei gibt es zwei typische Konstellationen des Konkurrentenstreites. Ein Standardfall ist es, daß sich der über eine Genehmigung verfügende Unternehmer gegen die Genehmigung eines neuen Anbieters, der in rechtswidrigerweise für eine seine Strecke mitabdeckende Linie eine Genehmigung beantragt, wendet. Bei der anderen Standardsituation wendet sich ein bei der Erteilung einer Genehmigung für eine bestimmte Linie übergangener Bewerber gegen die Genehmigung seines begünstigten Mitbewerbers und behauptet, diese Genehmigungserteilung sei rechtswidrig.

---

<sup>43</sup>Hierzu *Biletzki*, NZV 2000, 313 ff.; *Pützenbacher* NZV 1998, 104 ff.

<sup>44</sup>*OVG Hamburg*, 15.5.1959 – Bf I 117/58 – DVBl. 1959, 667.

Während im ersten Fall unproblematisch die Anfechtungsklage die richtige Klageart ist, wird im zweiten Fall teilweise eine Verpflichtungsklage geprüft, weil mit der Rechtswidrigkeit der Nichterteilung der Genehmigung zwangsläufig auch die Rechtswidrigkeit der Begünstigung des anderen Bewerbers verbunden sei. Dann aber müsse konsequenterweise die unrechtmäßige Begünstigung auch rückgängig gemacht werden, weshalb aufgrund des öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruchs davon ausgegangen werden müsse, daß das Gericht die Behörde zur Herstellung der rechtmäßigen Verhältnisse verpflichten könne<sup>45</sup>.

Dies wird jedoch mit der Begründung abgelehnt, daß das Gericht die Behörde aufgrund des behördlichen Ermessensspielraums nicht gleichzeitig zu einer Rücknahme einer Genehmigung verpflichten könne. Der Rechtsschutzsuchende müsse deshalb dieses Ziel durch eine Verbindung von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage verfolgen<sup>46</sup>. Dabei habe der Kläger insoweit ein berechtigtes Interesse an der Aufhebung der Genehmigung des Konkurrenten, als die Genehmigungsrücknahme ihm für die Erteilung seiner Genehmigung den Weg frei mache<sup>47</sup>.

Eines der Hauptprobleme beim Konkurrentenschutz ist die Klagebefugnis. Hier kommt es darauf an, ob die einfachgesetzliche Norm, aufgrund der dem Mitbewerber die Genehmigung erteilt wurde, drittschützend ist. Das *OVG Magdeburg* hat die drittschützende Wirkung von § 13 Abs. 1 PBefG abgelehnt und angenommen, daß alleiniger Zweck der Vorschrift der Schutz der Allgemeinheit ist. In seinen weiteren Ausführungen stützt es die Klagebefugnis dann auf Art. 12 Abs. 1 GG. Als Begründung verweist das Gericht darauf, daß die Erteilung von Liniengenehmigungen an einen Konkurrenten grundsätzlich mit dem Ausschluss der anderen Bewerber verbunden ist; wer im Wettbewerb Liniengenehmigungen erhält, ist danach vor parallelen Verkehr durch § 13 Abs. 2 Nr. 2a PBefG geschützt<sup>48</sup>.

Diese Begründung kann aber genauso für die drittschützende Wirkung des § 13 PBefG herangezogen werden<sup>49</sup>. Der unterliegende Mitbewerber wird nämlich nicht lediglich mittelbar von der Konzessionierung an einen Dritten betroffen, sondern die genannte Vorschrift schließt seinen Marktzugang für die betreffende Linie aus. Dies führt zu einer drittschützenden Wirkung des § 13 Abs. 1 PBefG. Mit der Erteilung der Genehmigung wird zwangsläufig den anderen Mitbewerbern die Genehmigung versagt, was im Hinblick auf Art. 12 GG nur zulässig ist, wenn die Anträge aller Bewerber unter den gleichen Voraussetzungen geprüft werden. Demgemäß können sämtliche Voraussetzungen des § 13 PBefG bei der Vergabe der Konzessionen konkrete „Schutznormen“

---

<sup>45</sup>Schenke, NVwZ 1993, 718, 721 ff.; ders. DVBl. 1996, 388 ff.

<sup>46</sup>BVerwG, Urt. v. 23.8.1994 – 1 C 19.91 – NVwZ 1995, 478; *OVG Magdeburg*, Urt. v. 22.2.1995 – 4 L 382/94 – DVBl. 1996, 162; Horn, GewArch 1985, 73, 79; Kalz, DVBl. 1989, 561

<sup>47</sup>Scherer, Jura 1985, 11, 16 f.

<sup>48</sup>*OVG Magdeburg*, Urt. v. 7.4.1998 – A 1/4 S 221/97 – LKV 1999, 31, 32.

<sup>49</sup>BVerwG, Urt. v. 6.4.2000 – 3 C 6.99 – NVwZ 2001, 320, 322.

zugunsten der Mitbewerber sein<sup>50</sup>. Unabhängig hiervon kann eine Klagebefugnis schon dem in § 1 Abs. 1 GewO einfachgesetzlich geregelten Grundsatz der allgemeinen Gewerbefreiheit entnommen werden, da jeder Verkehrsunternehmer nach § 3 PBefG ein selbständiges Gewerbe im Sinne von § 14 GewO ausübt<sup>51</sup>. Für den nur als letztes Mittel in Betracht kommenden Rückgriff auf Grundrechte<sup>52</sup> besteht daher hier keinerlei Bedürfnis.

#### **IV. Genehmigung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen**

Praktisch bedeutsamer als die Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre werden zunehmend gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen, die aufgrund von § 13a PBefG i. V. m. § 8 Abs. 4 PBefG genehmigt werden. Im Gegensatz zur Genehmigung nach § 13 PBefG wird aber der Antrag eines Unternehmers auf Erteilung der Genehmigung eines gemeinwirtschaftlichen Verkehrs erst relevant, wenn der zuständige Auftraggeber tätig geworden ist und die beantragten Leistungen als gemeinwirtschaftliche Leistungen vereinbart oder auferlegt hat. Die Genehmigung gemeinwirtschaftlicher Verkehre ist deshalb behördeninitiiert.

Gemeinwirtschaftlich sind nur solche Leistungen, die von vornherein nicht als eigenwirtschaftlich erbringbar in Betracht kommen und für die der Aufgabenträger deshalb eine Abdeckung des wirtschaftlichen Risikos anbietet, weil er es für erforderlich hält, daß gerade diese Verkehrsleistung angeboten wird. Genehmigungen gemeinwirtschaftlicher Verkehrsangebote setzen daher nach § 8 Abs. 4 PBefG zunächst voraus, daß eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht eigenwirtschaftlich erbracht werden kann. Demgemäß gibt es kein Wahlrecht zwischen einem eigen- oder gemeinwirtschaftlichen Betrieb eines Verkehrs<sup>53</sup>.

##### **1. Ausreichende Verkehrsbedienung**

Zunächst bedarf es daher der Klärung der Frage, was unter einer ausreichenden Verkehrsbedienung zu verstehen ist. Teilweise wird dies von der Nachfrage nach Verkehrsleistungen, teilweise auch vom Angebot an Verkehrsleistungen abhängig gemacht. Bei diesem Streit geht es also um die Frage, ob der Begriff einer ausreichenden Verkehrsbedienung nachfrage- oder angebotsorientiert zu bestimmen ist. Da aber die Entscheidung, welche Verkehrsleistung gemeinwirtschaftlich angeboten werden soll, vom Aufgabenträger zu treffen ist, kommt es letztlich zu einer vom Angebot abgeleiteten Bestimmung der ausreichenden Verkehrsbedienung. Im Ergebnis bestimmt sich daher die ausreichende Bedienung danach, welches Angebot der Aufgabenträger im öffentlichen Interesse

<sup>50</sup>Dazu *Wahl/Schütz*, in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: 2000, § 42 Abs. 2 Rn. 307; *Baumeister*, LKV 1999, 12, 13.

<sup>51</sup>*Bidinger*, PersonenbeförderungsR I, Stand 1998, § 3 Anm. 1.

<sup>52</sup>*Erichsen*, Jura 1994 385, 386.

<sup>53</sup>*Berschlin*, ZUR 1997, 4, 9.

für erforderlich hält<sup>54</sup>. Gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen sind daher letztendlich immer behördeninitiiert. Dementsprechend werden sie mit den Verkehrsunternehmen vereinbart oder aber diesen auferlegt. Als Folge hiervon sind Aufgabenträger und Genehmigungsbehörde gemäß § 13a Abs. 1 PBefG gehalten bei der Auferlegung oder Vereinbarung der Verkehrsleistung diejenige Lösung zu wählen, die für die Allgemeinheit die geringsten Kosten mit sich bringt<sup>55</sup>.

## 2. Ineinandergreifen von öffentlichem Interesse und Nahverkehrsplanung

Die Kriterien zur Bemessung des öffentlichen Interesses an Verkehrsleistungen sind anhand der VO (EWG) 1191/69 in der Fassung der VO (EWG) 1893/91 sowie der Zielvorgaben der bundesrepublikanischen Rechtsordnung, hier insbesondere des einschlägigen Landes ÖPNV-Gesetzes, zu bestimmen. Da es bei Berücksichtigung aller Zielvorgaben zwangsläufig zu Interessenkollisionen kommt, muß ein Interessenausgleich im Wege einer planerischen Abwägungsentscheidung wahrgenommen werden<sup>56</sup>, die deshalb im jeweiligen Nahverkehrsplan ~~zum~~ zumindest vorgezeichnet sein sollte.

Gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen verfügen daher auch nur dann über eine hinreichende Legitimation, wenn sie auf einem wirksamen Nahverkehrsplan oder einer Entscheidung vergleichbarer Qualität basieren. Andersherum bedeutet dies ebenfalls, daß die Genehmigungsbehörde bei der Genehmigung eines gemeinwirtschaftlichen Verkehrs noch stärker an den Nahverkehrsplan des Aufgabenträgers gebunden ist. Würde sie nämlich von diesem abweichen, bedeutete dies nicht nur einen Eingriff in die Planungskompetenz des Aufgabenträgers – das ist bei jedem Abweichen von dem einschlägigen Nahverkehrsplan, also auch schon bei der vom Nahverkehrsplan abweichenden Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre, der Fall – vielmehr würde die Genehmigungsbehörde darüber hinaus in die vom Aufgabenträger geplante Kostenverteilung eingreifen. Des weiteren würde sie überdies gegen das Gebot der geringsten Kosten, sofern der Aufgabenträger es selbst beachtet hat, verstoßen. Daher wird auch davon ausgegangen, daß die Genehmigungsbehörde nach einer gesetzeskonformen Auswahl des Verkehrsunternehmers verpflichtet sei, die Genehmigung zu erteilen<sup>57</sup> und ihr bei der Genehmigung gemeinwirtschaftlicher Verkehre teilweise auch nur noch eine notarielle Funktion zugestanden<sup>58</sup>.

## 3. Kostengünstigste Lösung

Die Genehmigung soll nach § 13a Abs. 1 PBefG unter Maßgabe des Art. 3 Abs. 1 der VO (EWG) Nr. 1191/69 i.d.F. der VO (EWG) Nr. 1893/91 an denjenigen erteilt werden, bei dem für die Erbringung der Verkehrsleistung die „geringsten Kosten für die Allgemeinheit“ entstehen. Dieser

<sup>54</sup>Fromm, TranspR 1994, 425, 430.

<sup>55</sup>Ronellenfitsch, VerwArch 2001, 131, 142.

<sup>56</sup>Werner, ZUR 1997, 12, 14.

<sup>57</sup>Ronellenfitsch, VerwArch 2001, 131, 142.

<sup>58</sup>Meichsner, der landkreis 1994, 168, 170.

Begriff ist in der VO zur Anwendung von § 13a PBefG definiert, wonach als geringste Kosten für die Allgemeinheit die geringste Haushaltsbelastung der Aufgabenträger genannt wird. Diese wird wiederum im Rahmen der notwendigen Ausschreibung ermittelt. Entsprechend muß auch auf dieser Ebene die Auswahlentscheidung nach der kostengünstigsten Anbietung erfolgen.

Die Genehmigungsbehörde hat dabei gemäß § 13a Abs. 2 PBefG zu überprüfen, ob der Aufgabenträger und Besteller die kostengünstigste Lösung ausgewählt und den Grundsatz der Gleichbehandlung beachtet hat<sup>59</sup>. Ist dies nicht der Fall, muß die Genehmigungsbehörde die Genehmigung versagen. Insofern kann von einer „notariellen Funktion“ der Genehmigungsbehörde nur gesprochen werden, wenn der Aufgabenträger seinerseits zuvor gesetzeskonform gehandelt hat, was jedoch nicht in allen Fällen ohne weiteres erwartet werden kann.

#### **4. Konkurrentenschutz**

Der Konkurrentenschutz ist vor allem auf die Prüfung ausgerichtet, ob das Vergabeverfahren für die gemeinwirtschaftliche Konzession ordnungsgemäß durchgeführt worden ist. Dabei spielt wieder der Aspekt des subjektiven Rechts eine entscheidende Rolle. So ist eine Konkurrentenklage wegen unterlassener Ausschreibung von Leistungsaufträgen denkbar.

Im Rahmen der Ausschreibung soll festgestellt werden, welches Angebot die geringsten Kosten für die Allgemeinheit mit sich bringt. Insofern dient das Verfahren zu weiten Teilen den Interessen der Allgemeinheit. Um die geringsten Kosten für die Allgemeinheit festzustellen, ist eine Ausschreibung des Aufgabenträgers zwingend erforderlich<sup>60</sup>. Nur so kann die Genehmigungsbehörde eine Prüfung nach § 13a PBefG vornehmen und die verschiedenen Angebote vergleichen. Der Markteintritt der Unternehmen erfolgt daher ausschließlich aufgrund der zwingenden Verfahrensbestimmungen, weshalb schon zur Gewährleistung der Gewerbefreiheit gemäß § 1 Abs. 1 GewO eine Klagebefugnis des übergangenen Bewerbers folgen muß. Des weiteren ist es denkbar, daß eine solche Klage ebenfalls auf die Vorschriften des GWB gestützt werden kann, sofern diese Vorschriften anwendbar sind<sup>61</sup>.

Zumindest kann aber ein subjektives Recht aus der VO (EWG) 1191/69 abgeleitet werden. So ergibt sich aus der Rechtsprechung der *EuGH* ein subjektives Recht des Bewerbers auf ein diskriminierungsfreies Vergabeverfahren<sup>62</sup>. Dies muß erst recht bei Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens gelten. Dementsprechend unterstreicht auch schon Art. 16 der VO (EWG) 1191/69 die Notwendigkeit der Durchsetzung individueller Interessen. Daher kann bei rechtswidrigem Unterbleiben eines Vergabeverfahrens der Konkurrent auch den Aufgabenträger

---

<sup>59</sup>Fromm, TranspR 1994, 425, 428.

<sup>60</sup>Ausführlich Berger, der landkreis 2001, 539.

<sup>61</sup>Dazu Burgbacher, Transportrecht 1999, 1, 5.

zwingen, ein entsprechendes Vergabeverfahren durchzuführen, so daß dieser dann im Anschluß hieran den Kläger berücksichtigen muß, da ohne Ausschreibungsverfahren die Erfüllung der materiellen Voraussetzung des Gebots der geringsten Kosten gar nicht erst festgestellt werden kann.

Ferner kann sich aus Art. 3 Abs. 1 der VO 1191/69 (EWG) und auch der VO zu § 13a PBefG ein Recht ergeben, daß eine ordnungsgemäße Auswahl zwischen den Anbietern getroffen werden muß, die zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit führt. Der preiswerteste Anbieter<sup>63</sup> könnte insofern gegen die Vergabe des Auftrags an einen weniger billigen Anbieter klagen. Allerdings müssten dabei auch die gleichen Bedingungen gewährleistet sein. Die Behörde müsste dann darlegen können, auf welchen Allgemeinwohlgründen sie gerade ihre Entscheidung zugunsten des teureren Anbieters gestützt hat. Ist sie dazu nicht in der Lage, würden sich die behördlichen Entscheidungsmöglichkeiten auf eine Auswahl des billigsten Anbieters reduzieren.

## **F. Ausblick**

In nicht allzu ferner Zukunft, wenn die öffentliche Ausschreibung von Verkehrsleistungen allgemeiner Standard ist, wird sich immer mehr die Frage der Privatisierung, zumindest der Verkehrssparte, kommunaler Unternehmen stellen. Dies gilt auch für die neuen Länder, wobei hier noch die Frage hinzukommt, wer aus dem Wettbewerb zwischen öffentlichen Unternehmen, privatisierten Kombinat und privatem Mittelstand als Sieger hervorgehen wird. Darüber hinaus hat die EG-Kommission inzwischen einen Verordnungsentwurf vorgelegt, der zum Zwecke der Marktöffnung die Ausschreibungspflicht nahezu aller von Verkehrsunternehmen zu erbringenden Leistungen vorsieht<sup>67</sup>. Zunächst heißt es aber auf die Grundsatzentscheidung des *EuGH* zur Frage der Auslegung des Begriffs der „sonstigen Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne“ zu warten. Hier wird die erste Weichenstellung vorgenommen werden, wie schnell der Wettbewerb auch im deutschen Verkehrswesen Einzug halten wird. Alles Grund genug, das Recht des ÖPNV weiter im Auge zu behalten.

---

<sup>62</sup>*EuGH*, Urt. v. 22.6.1989 – Rs 103/88 – NVwZ 1990, 649, 650; *Pietzker*, NVwZ 1996, 313, 316 m.w.N.

<sup>63</sup>Das ist nicht zwangsläufig, aber doch zumeist, je nach Detailliertheit der Ausschreibung, auch der billigste Anbieter.

<sup>67</sup>KOM (2000) 7 Provisional v. 26.7.2000 (2000/0212 (COD)).