



[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
Rechtsanwälte

Hartmut Gaßner
Dr. Klaus-Martin Groth
Wolfgang Siederer
Katrin Jänicke
Angela Zimmermann
Rainer Kühne
Caroline von Bechtolsheim
Dr. Achim Willand
Franziska Hansmann
Dr. Jochen Fischer
Katja Gnittke
Dr. Frank Wenzel
Dr. Nicole Pippke
Dr. Maren Wittzack
Kathleen Heilfort
Dr. Gerrit Aschmann
Dr. Georg Buchholz
Pia Denzin, LL.M.
Jens Kröcher
Dr. Holger Thärichen
Dr. Sebastian Schattenfroh
Dr. Jörg Beckmann
Johannes Ziel
Dr. Joachim Wrase
Isabelle-Konstanze Charlier, M.E.S.
Dr. Markus Behnisch
Michael Schöneich
Prof. Dr. Hans-Albert Lennartz

Berlin, 18.09.2008



Stellungnahme

zum Referentenentwurf des BMVBS zur Anpassung des PBefG an die VO (EG) 1370/2007

Stand: 18.09.2008

Rechtsanwältin Pia Denzin, LL.M.

Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel

Rechtsanwalt Wolfgang Siederer

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-------------|---|-----------|
| I. | Einleitung | 3 |
| II. | Die Diskussion um „kommerzielle Verkehre“ | 3 |
| III. | Gesetzentwurf zur Änderung des PBefG | 5 |
| 1. | Einführung „kommerzieller“ Verkehre | 5 |
| 2. | Vorrang gemeinwirtschaftlicher vor kommerziellen Verkehren | 7 |
| 3. | Genehmigungsverfahren für kommerzielle Verkehre | 10 |
| 4. | Ausschreibung und Genehmigung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen | 11 |
| 5. | Betriebspflicht gem. § 21 PBefG | 13 |
| 6. | Übergangsbestimmungen | 14 |
| IV. | Fazit: Quadratur des Kreises? | 14 |

I. Einleitung

Am 27.08.2008 hat das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) den Bundesländern und Verbänden seinen „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften“ zur Stellungnahme übersendet. Durch den Gesetzesentwurf sollen neben dem PBefG auch das AEG, das SGB IX sowie das Regionalisierungsgesetz an den neuen europäischen Rechtsrahmen in Form der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 „über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße“ angepasst werden. Die neue VO 1370/2007 wird nach einer zweijährigen Übergangsfrist am 03.12.2009 in Kraft treten und ab diesem Zeitpunkt in den Mitgliedstaaten unmittelbar gelten. Da die VO 1370/2007 als europäische Verordnung dem deutschen Recht vorgeht, muss zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten der deutsche Rechtsrahmen an die Vorgaben der VO bis zu deren Inkrafttreten angepasst werden.

Mit dem nun vorliegenden Referentenentwurf wird das Verfahren der Verbändeanhörung eingeleitet, mit dem den Bundesländern und den Verbänden Gelegenheit gegeben wird, zu dem Entwurf bis zum 26.09.2008 Stellung zu nehmen. Das BMVBS weist in seinem Anschreiben darauf hin, dass der Entwurf von der Bundesregierung noch nicht beschlossen worden ist, also noch kein Kabinettsbeschluss vorliegt. Zu einzelnen Fragen, insbesondere zur Ausgestaltung der Regelung über kommerzielle Verkehre, bestünden zwischen den Ressorts noch Meinungsunterschiede.

Nachfolgend stellen wir die wesentlichen Änderungen gegenüber der bestehenden Rechtslage dar, wobei wir uns auf die Anpassung des PBefG beschränken. Einleitend fassen wir zunächst den Diskussionsstand zur Zulässigkeit von sog. „kommerziellen Verkehren“ zusammen.

II. Die Diskussion um „kommerzielle Verkehre“

Zentraler Streitpunkt bleibt auch im Rahmen des Gesetzesentwurfs die Zulässigkeit von kommerziellen Verkehren und deren Verhältnis zu der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge i. S. d. VO 1370/2007. Umstritten ist, inwieweit außerhalb des Anwendungsbereichs der VO die Genehmigung „kommerzieller“ Verkehre zulässig

ist, insbesondere ob und in welchem Umfang die Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre nach dem Vorbild des bestehenden § 13 PBefG innerhalb oder außerhalb des Anwendungsbereichs der VO steht.

Die VO bildet den Rechtsrahmen für die Gewährung

- ausschließlicher Rechte und/oder
- Ausgleichsleistungen
- im Gegenzug
- für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen.

Fraglich ist daher, ob außerhalb dieses Anwendungsbereichs der VO Raum für eine rein gewerberechtliche Genehmigung kommerzieller Verkehre gem. § 13 PBefG verbleibt oder ob jede Genehmigung gem. § 13 PBefG künftig dem Anwendungsbereich der VO unterfällt und somit entweder nach deren Voraussetzungen direkt zu vergeben ist oder anderenfalls im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens auszuschreiben ist. Zu dieser Fragestellung werden im Wesentlichen die folgenden drei Positionen vertreten:

Tabelle 1: Definition Kommerzieller Verkehre

| § 13 unterfällt nie der VO | § 13 unterfällt nur teilweise der VO | § 13 unterfällt immer der VO |
|---|---|---|
| <p>Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflichten sind keine gemeinwirtschaftlichen Pflichten, so dass Zahlungen der öffentlichen Hand nicht "im Gegenzug" gewährt werden.</p> <p>Solange Behörde keine Initiative ergreift, gilt die VO nicht.</p> | <p>§ 13 gewährt kein ausschließliches Recht, sondern nur ein „besonderes“ Recht</p> <p>Werden daher nur gesetzliche Ausgleichsleistungen gem. § 45 a und 145 SGB IX gewährt, die als allgemeine Vorschriften außerhalb der VO notifiziert werden können, ist VO nicht anwendbar.</p> | <p>jede Liniengenehmigung gewährt aufgrund des Verbots der Doppelbedienung ein ausschließliches Recht für die beantragte Linie im Gegenzug für die gemeinwirtschaftlichen Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflichten.</p> |

Das BMVBS scheint in dem Referentenentwurf zu einer Position zu tendieren, die der ersten oder zweiten Spalte der vorstehenden Tabelle entspricht.

III. Gesetzentwurf zur Änderung des PBefG

1. Einführung „kommerzieller“ Verkehre

In dem Gesetzesentwurf werden die beiden bestehenden Genehmigungsformen für eigenwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen in modifizierter Form beibehalten. Statt der Eigenwirtschaftlichkeit, deren bisherige Definition nach dem PBefG nach Ansicht des BMVBS nicht dem beihilferechtlich geprägten Begriffsverständnis der VO 1370/2007 entspricht, wird nunmehr der Begriff der „kommerziellen“ Verkehre eingeführt.

In der allgemeinen Begründung zum Gesetzesentwurf wird das neue Konzept wie folgt erläutert: Nach dem Grundsatz der Gewerbefreiheit sollen die Unternehmen auch im öffentlichen Nahverkehr die Möglichkeit behalten, Verkehre in eigener Initiative durchzuführen. Nur soweit das tatsächliche Verkehrsangebot nicht zu der als erforderlich angesehenen Verkehrsbedienung ausreicht, muss der Aufgabenträger entscheiden, ob und in welcher Weise er auf den Markt interveniert und gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen bestellt. Soweit Verkehrsleistungen in eigener Initiative der Unternehmen und ohne Kompensation durch die öffentliche Hand erbracht werden, ist die VO grundsätzlich nicht anzuwenden.

Somit soll die Verordnung, und mit ihr die grundsätzliche Pflicht zur Durchführung wettbewerblicher Vergabeverfahren, nur eingreifen, wenn die zuständige Behörde zur Sicherstellung eines ausreichenden Verkehrsangebots initiativ werden will. Dazu wird § 8 Abs. 4 PBefG (neu) dahingehend ergänzt, dass *„die Aufgabenträger zur Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung im ÖPNV nach Maßgabe der VO 1370/2007 im Rahmen öffentlicher Dienstleistungsaufträge Ausgleichsleistungen und ausschließliche Rechte gewähren können“*.

Werden die Aufgabenträger nicht initiativ, bleibt es bei der gewerberechtlichen Genehmigung gem. § 13 PBefG für einen „kommerziellen“ Verkehr. Der Gesetzesentwurf enthält keine Definition des Begriffs der „kommerziellen Verkehre“. In der Begründung zum Gesetzesentwurf wird hierzu allerdings Folgendes ausgeführt:

„Als kommerziell ist ein Verkehr auch dann anzusehen, wenn neben den Fahrgeldeinnahmen Ausgleichsleistungen im Ausbildungsverkehr, für die unentgeltliche Beförderung von Schwerbehinderten oder andere Ausgleichsleistungen auf der Grundlage von allgemeinen Vorschriften nach Art. 3 Abs. 2 der VO 1370/2007 gewährt werden.“

Im Hinblick auf den vorstehend unter II. dargestellten Streitstand zu kommerziellen Verkehren bedeutet dies Folgendes:

- Gesetzliche Ausgleichsleistungen im Ausbildungsverkehr gem. § 45 a PBefG und für die unentgeltliche Beförderung von Schwerbehinderten gem. § 145 SGB IX werden gem. Art. 3 Abs. 3 der VO vom Anwendungsbereich der VO ausgenommen und der EU-Kommission im Rahmen des allgemeinen Beihilferechts notifiziert. Diese Ausgleichsleistungen eröffnen daher nicht den Anwendungsbereich der VO. Diese Ausnahmemöglichkeit ist unumstritten.
- Nach Auffassung des BMVBS handelt es sich bei der Liniengenehmigung gem. § 13 PBefG nicht um ein ausschließliches Recht, welches per se dem Anwendungsbereich der VO 1370/2007 unterfallen würde.
- Bemerkenswert ist, dass ein kommerzieller Verkehr auch bei Gewährung von Ausgleichsleistungen auf der Grundlage von allgemeinen Vorschriften nach Art. 3 Abs. 2 der VO bejaht wird. Hierunter fallen insbesondere Finanzierungssatzungen nach dem „Wittenberger Modell“.

Insbesondere die in dem letzten Punkt genannte Rechtsfolge lässt sich aus dem Gesetzestext selbst nicht eindeutig entnehmen. Unter § 8 Abs. 4 PBefG (neu) wird lediglich geregelt, dass *„die Aufgabenträger Beförderungsentgelte auch in allgemeinen Vorschriften festlegen und hierfür Ausgleichsleistungen gewähren können, soweit das Landesrecht dies zulässt“*. Es fehlt an einer Klarstellung, ob die Gewährung von Ausgleichsleistungen auf der Grundlage allgemeiner Vorschriften in den Anwendungsbereich der VO fällt oder aber eine Genehmigung als „kommerzieller“ Verkehr ausreicht. Die zuvor zitierte Begründung des Gesetzentwurfs lässt vermuten, dass Letzteres der Fall sein soll.

2. Vorrang gemeinwirtschaftlicher vor kommerziellen Verkehren

Eine weitere, in der Fachöffentlichkeit kontrovers diskutierte Frage betrifft den Vorrang der kommerziellen Verkehre vor den gemeinwirtschaftlichen Verkehren bzw. umgekehrt.

Das bestehende PBefG normiert in § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG einen Vorrang der eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen. In dem neu gefassten § 8 Abs. 4 PBefG wird auf dieses im bisherigen Recht enthaltene Postulat der Eigenwirtschaftlichkeit verzichtet. Statt dessen besteht nunmehr ein Vorrang der vom Aufgabenträger initiierten Ausschreibungen von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen i.S.d. VO. Dazu wird gem. § 13 Abs. 2 Nr. 2 d) PBefG (neu) zusätzlich zu den bestehenden Versagungsgründen ein **neuer Versagungsgrund** normiert. Eine beantragte Genehmigung ist danach zu versagen, wenn

„der beantragte Verkehr die Wirtschaftlichkeit einer Verkehrsleistung gefährdet, die Gegenstand eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags i. S. d. § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG ist, wenn dieser bereits erteilt worden ist oder sobald ein Vergabeverfahren nach Art. 1 Abs. 1 Satz 2 (also Ausschreibung nach allgemeinem Vergaberecht) oder Abs. 3 (wettbewerbliches Vergabeverfahren nach der VO) eingeleitet worden ist“.

Es genügt damit bereits die **Gefährdung der Wirtschaftlichkeit** des Verkehrs, der Gegenstand eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags ist, um die Genehmigung eines kommerziellen Verkehrs zu versagen.

Die nachstehende Tabelle liefert einen Überblick über die möglichen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge und deren Verhältnis zur Genehmigung von kommerziellen Verkehrsleistungen.

Tabelle 2: Genehmigungs- und Ausschreibungsverfahren für Verkehrsleistungen

| Allg. Vergaberecht | VO 1370/2007 | Gewerberecht und ggf. Allg. Beihilferecht |
|--|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> Öffentlicher Dienstleistungsauftrag i.S.d. Vergaberechts für Busse und Straßenbahnen | <ul style="list-style-type: none"> alle Dienstleistungsaufträge an U-, S- und sonst. Eisenbahnverkehre Dienstleistungskonzessionen und sonst. Dienstleistungsaufträge an Busse und Straßenbahnen, sofern nicht VergabeR einschlägig | <p>“kommerzielle Verkehre”:</p> <ul style="list-style-type: none"> Strittig, ob § 13 PBefG ausschließl. Recht gewährt Strittig, ob Ausgleichsleistungen auf Grundlage allg. Vorschriften Anwendungsbereich der VO eröffnen (Art. 3 Abs. 2 der VO) |
| <ul style="list-style-type: none"> Gem. Art. 5 Abs. 1 der VO Vorrang vor Vergabe nach der VO 1370/2007 | <ul style="list-style-type: none"> Vorrang vor der Genehmigung kommerzieller Verkehre, sofern wettbewerbliches Verfahren eingeleitet | <ul style="list-style-type: none"> Nachrangig ggü. Ausschreibung öff. Dienstleistungsaufträge aber ggf. „Ausgestaltungsrecht“ Verhältnis ggü. Direktvergabe offen |
| <p style="text-align: center;">↓</p> <p>EU-Vergaberichtlinien; VOL/A</p> | <p style="text-align: center;">↓</p> <p>Inhousevergabe gem. EuGH-Kriterien</p> | <p style="text-align: center;">↓</p> <p>Wettbewerblich. Verfahren (Art. 5 Abs. 3)</p> |
| | | <p style="text-align: center;">↓</p> <p>Direktvergabe + Berechnung finanzieller Netto-Effekt</p> |
| | | <p style="text-align: center;">↓</p> <p>Genehmigung gem. § 13 PBefG (neu) und ggf. Notifizierung bei EU-Kommission und ggf. Prüfung anhand “Altmark Trans”-Kriterien</p> |

In der Regel dürften damit ab Bekanntmachung einer Ausschreibung im EU-Amtsblatt keine konkurrierenden kommerziellen Verkehre mehr genehmigungsfähig sein.

Die grundsätzliche Vorrangstellung der Ausschreibung öffentlicher Dienstleistungsaufträge vor der Genehmigung kommerzieller Verkehre wird allerdings dadurch relativiert, dass der Aufgabenträger gem. § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG (neu) von der Gewährung von Ausgleichsleistungen und ausschließlichen Rechten im Rahmen öffentlicher Dienstleistungsaufträge abzusehen hat, „*wenn eine ausreichende Verkehrsbedienung durch kommerzielle Verkehre vorhanden und auch künftig gewährleistet ist*“.

Ungeregelt bleibt die Frage, ob eine **beabsichtigte Direktvergabe an einen internen Betreiber** gem. Art. 5 Abs. 2 der VO oder eine andere von der VO zugelassene Direktvergabe der Genehmigung eines konkurrierenden kommerziellen

Verkehrs entgegensteht. Diese Regelungslücke dürfte erhebliche Rechtsunsicherheit sowohl für inhousefähige kommunale Verkehrsunternehmen als auch für die „angreifenden“ privaten Verkehrsunternehmen hervorrufen.

Erfolgte Direktvergaben an interne Betreiber sind bei Gefährdung ihrer Wirtschaftlichkeit nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 d) PBefG (neu) vor konkurrierenden kommerziellen Verkehren geschützt. In der Phase zwischen der nach Art. 6 Abs. 2 der VO 1370/2007 vorgeschriebenen öffentlichen Ankündigung der Direktvergabe und der tatsächlichen Vergabe (bzw. dem Ablauf der Antragsfrist) können aber konkurrierende kommerzielle Anträge gestellt werden, die dann wohl nicht unter Verweis auf die beabsichtigte Direktvergabe an einen internen Betreiber zurückgewiesen werden können.

Die Regelung des Vorrangverhältnisses zwischen kommerziellen Verkehren und direkten Vergaben an interne Betreiber wird sicherlich im weiteren Gesetzgebungsverfahren noch Gegenstand heftiger Kontroversen sein.

Bemerkenswert an dem Entwurf ist weiterhin, dass Unternehmen ein subjektives Klagerecht auch hinsichtlich der Frage gewährt werden soll, ob eine ausreichende Verkehrsbedienung durch kommerzielle Verkehre vorhanden ist oder nicht. Gemäß § 8 Abs. 5 Satz 3 PBefG (neu) haben *„die Unternehmer einen Anspruch darauf, dass der Aufgabenträger die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einschließlich § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG und der in Art. 5 Abs. 2, 4 und 5 der VO genannten Voraussetzungen für die Selbsterbringung oder Direktvergabe einhält“*.

In der Praxis dürfte sich dieses zunächst sehr weitreichend erscheinende Klagerecht der Unternehmen jedoch durch den Beurteilungsspielraum des Aufgabenträgers relativieren. So wird auch in der Begründung zum Gesetzesentwurf darauf hingewiesen, dass der Aufgabenträger über einen großen Beurteilungsspielraum darüber verfügt, was als „ausreichende Verkehrsbedienung“ anzusehen ist. Insbesondere wird darauf hingewiesen, dass ertragsreiche und ertragschwache Linien innerhalb eines Bedienungsgebiets zusammengefasst werden können.

Im Ergebnis ist somit von einem Vorrang öffentlicher Dienstleistungsaufträge i. S. d. VO jedenfalls dann auszugehen, wenn diese im Rahmen eines Vergabeverfahrens gem. Art. 5 Abs. 1 der VO in Verbindung mit dem allgemeinen Vergaberecht oder einem sonstigen wettbewerblichen Verfahren gem. Art. 5 Abs. 3 der VO ausgeschrieben werden.

3. Genehmigungsverfahren für kommerzielle Verkehre

Der Rechtsrahmen für die Genehmigung Kommerzieller Verkehre wird sowohl im Hinblick auf das Genehmigungsverfahren als auch im Hinblick auf die bei konkurrierenden Anträgen zu treffende Auswahlentscheidung konkretisiert. Das Genehmigungsverfahren erhält folgenden Ablauf:

- Jährliche **Bekanntmachung** eines Verzeichnisses aller bestehenden Genehmigungen für den Straßenbahn-, O-Bus-Verkehr und Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen mit Angaben zum Streckenverlauf und zur Gültigkeitsdauer gem. § 18 PBefG (neu).
- **Antragsfrist** für Kommerzielle Verkehre zwischen frühestens 15 Monaten und spätestens 9 Monaten vor dem Beginn des beantragten Gültigkeitszeitraumes gem. § 12 Abs. 5 PBefG (neu). Die Genehmigungsbehörde kann auch andere Fristen setzen, sofern sie hierauf in der Bekanntmachung nach § 18 PBefG (neu) hinweist.
- **Anhörungsverfahren** gem. § 14 PBefG (neu) darf erst nach Ablauf der Antragsfrist i. S. d. § 12 Abs. 5 PBefG (neu) durchgeführt werden.
- **Entscheidungsfrist** der Genehmigungsbehörde von 3 Monaten (mit 3-monatiger Verlängerungsmöglichkeit) ab dem Ende der Antragsfrist gem. § 15 Abs. 1 PBefG (neu).

Die subjektiven Genehmigungsvoraussetzungen bleiben unverändert. Auf den neuen Versagungsgrund gem. § 13 Abs. 2 Nr. 2 d) PBefG (neu) wegen der Gefährdung der Wirtschaftlichkeit einer Verkehrsleistung, die Gegenstand eines öffentlichen Dienstleistungsauftrag ist, haben wir bereits vorstehend unter III.2. hingewiesen.

Werden mehrere konkurrierende Genehmigungsanträge für Kommerzielle Verkehre gestellt, die sich ganz oder zum Teil auf gleiche oder im Wesentlichen gleiche Verkehrsleistungen beziehen, sind gem. § 13 Abs. 2 a) PBefG (neu) „für die Auswahl des Unternehmers insbesondere die im Nahverkehrsplan enthaltenen Vorgaben und Ziele heranzuziehen“. Damit werden nunmehr erstmals gesetzliche Entscheidungskriterien zur Auswahl des Unternehmers in den Fällen der Antragskonkurrenz eingeführt.

Das Altunternehmerprivileg gem. § 13 Abs. 3 PBefG bleibt für kommerzielle Verkehre unverändert bestehen.

4. Ausschreibung und Genehmigung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen

Hinsichtlich des Rechtsrahmens für die Gewährung von Ausgleichsleistungen und ausschließlichen Rechten im Rahmen öffentlicher Dienstleistungsaufträge wird in § 8 Abs. 4 PBefG (neu) auf die VO 1370/2007 verwiesen. Soweit keine Selbsterbringung oder Direktvergabe zulässig ist, müssen öffentliche Dienstleistungsaufträge gem. Art. 5 Abs. 3 der VO in einem wettbewerblichen Verfahren vergeben werden. Die in dieser Bestimmung genannten Anforderungen (Offenheit, Transparenz und Nichtdiskriminierung) sollen in einer – bisher noch nicht vorliegenden – Rechtsverordnung konkretisiert werden. Die in § 97 Abs. 2 bis 5 GWB enthaltenen **vergaberechtlichen Grundsätze** werden gem. § 8 Abs. 5 Satz 2 PBefG (neu) auch für wettbewerbliche Verfahren nach dem PBefG für verbindlich erklärt.

Um den von einer Vergabeentscheidung, auch in Form der Selbsterbringung oder einer Direktvergabe, betroffenen Unternehmern Rechtsschutz zu ermöglichen, wird ihnen ein Anspruch auf Einhaltung der einschlägigen Bestimmungen eingeräumt (siehe auch vorstehend unter III.2.). In Annäherung an den Rechtsschutz bei Durchführung von Vergabeverfahren nach dem GWB i. V. m. der VOL/A wird der Rechtsschutz gegen die Entscheidungen des Aufgabenträgers über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge künftig im Wege der **Nachprüfungsverfahren** gem. § 101 a bis 126, 128 GWB gewährt. Dies gilt sowohl für die Durchführung wettbewerblicher Vergabeverfahren gem. Art. 5 Abs. 3 der VO als auch für die nach der VO zulässigen Direktvergaben, insbesondere an einen internen Betreiber.

Der Dualismus in Form der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge durch den Aufgabenträger und die anschließende gewerberechtliche Genehmigung bleibt erhalten. Im neuen § 13 Abs. 2 b) PBefG (neu) werden die Aufgaben der Genehmigungsbehörde und der Aufgabenträger abgegrenzt, wenn dem Genehmigungsantrag ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag zugrunde liegt. Die Genehmigungsbehörde hat sich in diesem Fall auf die Prüfung zu beschränken, ob das ausgewählte Verkehrsunternehmen die subjektiven Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt. Die besondere Genehmigungsform für gemeinwirtschaftliche Verkehre gem. § 13 a PBefG (alt) entfällt.

Die Genehmigungsbehörde hat somit nicht zu prüfen, ob der beantragte Verkehr im öffentlichen Verkehrsinteresse liegt oder bereits eine ausreichende Verkehrsbedienung vorliegt. Betrifft die Genehmigung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen jedoch Verkehrsaufgaben, die vorhandene Unternehmen bereits wahrnehmen und deren Umfang nicht wesentlich verändert wird, wird dem vorhandenen Unternehmer unter Verweis auf § 13 Abs. 2 Nr. 2 c) PBefG (neu) ein **Ausgestaltungsrecht** zugebilligt.

Ob durch den Verweis auf das Ausgestaltungsrecht gem. § 13 Abs. 2 Nr. 2 c) PBefG – sofern dieses vom vorhandenen Unternehmen wahrgenommen wird – ein Versagungsgrund für den neu beantragten Verkehr geschaffen wird oder ob das Ausgestaltungsrecht gegenüber gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen „nur“ zu einer Anpassung und i. d. R. Verdichtung des bestehenden Verkehrs führt, lässt sich dem Gesetzesentwurf nicht eindeutig entnehmen. Letzteres scheint die Gesetzesbegründung nahe zu legen. Dies würde allerdings hinsichtlich der betroffenen Linien des vorhandenen Verkehrsunternehmers faktisch zu einer Doppelbedienung und damit zu unüberschaubaren rechtlichen Problemen führen.

In der Begründung zum Gesetzesentwurf wird lediglich darauf hingewiesen, dass der Aufgabenträger sich in diesen Fällen schon vor der Erteilung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages mit den betroffenen vorhandenen Unternehmen in Verbindung setzen sollte, um in Erfahrung zu bringen, ob von diesem Ausgestaltungsrecht Gebrauch gemacht wird. Ein Anspruch auf Zahlung eines Ausgleichs besteht – nach den Ausführungen der Gesetzesbegründung – nicht.

Unabhängig von dieser Auslegungsfrage ist an dieser Regelung bemerkenswert, dass sie dem vorhandenen Unternehmer ein Ausgestaltungsrecht auch gegenüber Verkehrsleistungen zubilligt, denen ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag zugrunde liegt. Damit wird den vorhandenen Verkehrsunternehmen ein weitreichender Schutz gewährt, der wieder die „alte“ Frage aufwirft, ob es sich bei der Genehmigung um ein ausschließliches Recht im Sinne der VO handelt.

Wird eine Verkehrsleistung im Rahmen des öffentlichen Dienstleistungsauftrags vergeben, entfällt künftig das Zustimmungsverfahren zu den Beförderungsentgelten und -bedingungen gem. § 39 PBefG. Wird der Verkehr auf der Grundlage eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags erbracht, soll die Prüfung der Beförderungsentgelte künftig allein dem Aufgabenträger obliegen.

Da nur hinsichtlich der Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge auf das Nachprüfungsverfahren gemäß GWB verwiesen wird, richtet sich der Rechtsschutz gegen die Entscheidungen der Genehmigungsbehörde weiterhin nach Verwaltungsrecht.

5. **Betriebspflicht gem. § 21 PBefG**

Zur Sicherung der Auswahlkriterien wird die Betriebspflicht gem. § 12 Abs. 1 Satz 2 PBefG (neu) auf alle Angebotsbestandteile des Genehmigungsantrages ausgedehnt. In der Begründung des Gesetzesentwurfes wird ausgeführt, dass damit z. B. auch der Einsatz von besonders umweltfreundlichen Omnibussen, sofern dieser im Genehmigungsantrag angeboten wurde, in die Betriebspflicht einbezogen wird.

Vor dem Hintergrund zunehmender Genehmigungs- oder sogar Versteigerungswettbewerbe soll gemäß § 21 Abs. 4 PBefG (neu) künftig „*einem Antrag auf Entbindung von einzelnen Bestandteilen des Genehmigungsantrages nicht entsprochen werden*“. Eine **Teilentbindung** wird damit in der Regel nicht mehr möglich sein. Stellt der Genehmigungsinhaber nach Betriebsaufnahme fest, dass er den genehmigten Verkehr zu den von ihm angebotenen Bedingungen

nicht wirtschaftlich betreiben kann, hat er künftig nur die Möglichkeit, eine Vollentbindung zu beantragen.

6. Übergangsbestimmungen

Gemäß § 62 PBefG (neu) bleiben Genehmigungen für Straßenbahn- und Obus-Verkehr sowie für den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen, die vor dem 03.12.2009 erteilt worden sind, bis zum Ablauf der in der Genehmigungsurkunde enthaltenen Geltungsdauer wirksam.

IV. Fazit: Quadratur des Kreises?

Der vorliegende Gesetzesentwurf ist von dem Bemühen geprägt, es allen Akteuren recht zu machen. So wird zwar einerseits ein Vorrang der Ausschreibung öffentlicher Dienstleistungsaufträge nach Maßgabe des allgemeinen Vergaberechts oder der VO normiert; andererseits wird aber auch versucht, außerhalb des Anwendungsbereiches der Verordnung ein gewerberechtlich geprägtes Genehmigungsverfahren für kommerzielle Verkehre aufrechtzuerhalten.

Vielleicht ist es auf die – wie das BMVBS einleitend ausführt – zwischen den Ressorts noch bestehenden Meinungsunterschiede „zur Ausgestaltung der Regelungen über Kommerzielle Verkehre“ zurückzuführen, dass bisher auf eine gesetzliche Definition des für die Rechtssicherheit der Antragsteller so wichtigen Begriffs der „Kommerziellen Verkehre“ verzichtet wurde. Die in der Gesetzesbegründung enthaltene Erläuterung zu diesem Begriff ist unseres Erachtens in europarechtlicher Hinsicht äußerst bedenklich, da sie sogar die Genehmigung von Verkehrsleistungen, die Ausgleichsleistungen auf der Grundlage allgemeiner Vorschriften erhalten, vom Anwendungsbereich der VO 1370/2007 ausschließt.

Bleibt das sich im Gesetzentwurf abzeichnende Konzept bestehen, wird – bis zu einer Klärung durch den EuGH – bei **jeder** Liniengenehmigung für kommerzielle Verkehre gem. § 13 PBefG (neu) die Unsicherheit bestehen, ob sie nicht doch ein „ausschließliches“ Recht im Sinne der VO gewährt und damit deren Rechtsregime unterfällt. Sollen über die gesetzlichen Ausgleichsleistungen gem. § 45 a PBefG und § 145 SGB IX hinausgehend für kommerzielle Verkehre weitere Ausgleichsleistungen auf der Grundlage allgemeiner Vorschriften gewährt werden, müsste dies – um Rechtssicherheit zu erhalten – in jedem Einzelfall nach Maßgabe der allgemeinen beihilferechtlichen Vorschriften bei der EU-Kommission notifiziert werden. Für die Gewährung von Aus-

gleichleistungen auf der Grundlage allgemeiner Vorschriften gem. Art. 3 Abs. 2 der VO wird jedoch gerade nicht auf das allgemeine Notifizierungsverfahren für Beihilfen verwiesen, sondern diese Ausgleichsleistungen unterfallen dem Anwendungsbereich der VO.

Nicht umfassend geregelt ist des Weiteren der Vorrang öffentlicher Dienstleistungsaufträge vor der Genehmigung kommerzieller Verkehre. Zwar besteht ein Vorrang, sofern die Wirtschaftlichkeit eines bereits erteilten öffentlichen Dienstleistungsauftrags gefährdet ist oder die Ausschreibung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages bereits eingeleitet wurde; in den Fällen von Direktvergaben, insbesondere auch an interne Betreiber, fehlt es aber an einer befriedigenden Kollisionsregel zwischen den beiden Vorgehensweisen. Die europarechtlich nicht zuletzt durch Deutschland durchgesetzte Privilegierung interner Betreiber wird durch den Entwurf nur halbherzig in nationales Recht umgesetzt. Konkurrierenden kommerziellen Genehmigungsanträgen kann nicht die beabsichtigte und bekannt gemachte direkte Vergabe an einen internen Betreiber entgegen gehalten werden und zwar selbst dann nicht, wenn der kommerzielle Verkehr zu einer Gefährdung der Wirtschaftlichkeit der Verkehrsleistungen des internen Betreibers führen würde.