



# Perspektiven verbessern

## VERKEHR IM WANDEL

Schwerpunktthema: Personenbeförderungsgesetz

Ausgabe: März 2014 – [www.roedl.de](http://www.roedl.de)

### > Inhalt

Statements der Branche	2 – 6
Planungsrecht	8 – 9
Genehmigungsrecht	10 – 27
Barrierefreiheit	28
Fernbus	29
Verbünde	30 – 31
Die Autoren	31
Rödl & Partner intern	32

Liebe Leserin, lieber Leser,

seit einem Jahr gilt das neue Personenbeförderungsgesetz. Was hat sich geändert, wie wirken sich die Regelungen in der Praxis aus, wo gibt es Anwendungsschwierigkeiten? Diesen Aspekten widmen wir uns in der aktuellen Ausgabe von „Verkehr im Wandel“.

Wir freuen uns, dass wir hierzu auch wichtige Stimmen aus der Legislative, den Genehmigungsbehörden und Unternehmensverbänden für eine Erstbewertung gewinnen konnten. In ihren Beiträgen zeigen die Autoren die aus ihrer jeweiligen Sicht, zentralen Aspekte der Reform und deren praktische Umsetzung auf: Welche Anforderungen ergeben sich für Aufgabenträger bei der Ausgestaltung der Vorabbekanntmachung, und bei der Fortschreibung des Nahverkehrsplans aufgrund der neuen Regelungen zur Barrierefreiheit? Steht die Inanspruchnahme einer Busförderung durch das Unternehmen einem eigenwirtschaftlichen Linienantrag entgegen? Gibt es einen Anspruch der Unternehmen zum Abschluss von allgemeinen Vorschriften? Ferner sind mit der Liberalisierung des Fernbusmarktes und dem Aufkommen multimodaler Verkehrsangebote neue Mobilitätsoptionen entstanden. Woraus ergibt sich dafür der rechtliche Rahmen und wie funktionieren der Fernbusmarkt und multimodale Verkehre?

Wir sind zuversichtlich, mit der Themensammlung interessante Aspekte zusammengestellt zu haben, die Aufgabenträger, Verkehrsunternehmen, Verkehrsverbünde und die Genehmigungsbehörden gleichermaßen betreffen.

Wir wünschen interessante Anregungen und viel Spaß bei der Lektüre.

Martin Wambach  
Geschäftsführender Partner

Jörg Niemann  
Leiter Kompetenz-Center Verkehr

## Statements der Branche

### > Die PBefG-Novelle: Auch nach einem Jahr Praxis ein guter Kompromiss!

Von **Andreas Wille, Ministerium für Bauen, Wohnen, Stadtentwicklung und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen**

Die nach mehr als vier Jahren trotz kontroverser Diskussion gelungene Novellierung des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) wurde in der Öffentlichkeit vornehmlich mit der in der Novelle gleichzeitig geregelten Liberalisierung des innerdeutschen Fernbuslinienverkehrs wahrgenommen. Für die Kommunen als Aufgabenträger des ÖPNV und für die Verkehrsunternehmen sind aber die Neuregelungen für den ÖPNV wesentlich bedeutender und teils existenziell. Deshalb war es für die an den Verhandlungen im Sommer 2012 beteiligten Fachpolitiker, Referenten und Beamten auch sehr wichtig, mit der Gesetzesnovelle einen fairen Ausgleich zwischen Aufgabenträger- und Unternehmerinteressen zu erzielen und dabei das Genehmigungsverfahren praktikabel zu gestalten.

Die erste Resonanz der „staunenden Öffentlichkeit“ im September 2012 war durchaus positiv. Nach einem Jahr der intensiven Diskussion und Anwendung der neuen Regelungen bin ich nicht nur als an den seinerzeitigen Verhandlungen Beteiligter der Überzeugung, dass sich der positive erste Eindruck auch bei näherem Hinsehen bestätigt und in der noch frischen Praxis grundsätzlich bewährt hat.

Eine – wenn nicht die wesentlichste – Änderung im neuen PBefG gegenüber dem bisherigen Gesetzeswortlaut ist die europarechtlich vorgegebene, wesentlich engere Definition des Begriffs der Eigenwirtschaftlichkeit. Auch nach dem novellierten PBefG haben eigenwirtschaftliche Verkehre Vorrang, aber nur, wenn sie nur unwesentlich von den Vorstellungen des Aufgabenträgers abweichen. Die verschachtelten und sehr kompliziert erscheinenden Regelungen zum relativen Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre sind von elementarer Bedeutung, das sicherlich auch nur in wenigen Einzelfällen gerechtfertigte gegenseitige Misstrauen bei Aufgabenträgern und Unternehmern zu beseitigen. Denn das neue PBefG hat dadurch auf die allermeisten Fragen eine Antwort.

Lediglich in einem Punkt zeichnet sich ein Streit ab, der in nächster Zeit die Gerichte beschäftigen wird: § 13 Absatz 2a Satz 5 PBefG verpflichtet den Aufgabenträger bei Vorgaben zur Anwendung eines Gemeinschaftstarifes zur Gewährung eines Ausgleichs gegenüber dem Unternehmer. Trotz der eindeutigen Regelung im Gesetz und ausweislich der Gesetzesbegründung, nach der der Aufgabenträger frei entscheiden kann, ob er den Ausgleich über den Dienstleistungsauftrag oder eine allgemeine Vorschrift gewährt, wird aus dem Gesetz ein Anspruch der Unternehmer auf Erlass einer allgemeinen Vorschrift abgeleitet. Denn Finanzierungen über allgemeine Vorschriften für Höchsttarife berühren die Eigenwirtschaftlichkeit von Verkehren nicht. Diese „kreative“ Haltung der potenziell eigenwirtschaftlichen Unternehmen wird sich rechtlich nicht durchsetzen lassen. Der Gesetzeswortlaut ist klar und entspricht auch der Intention des Gesetzgebers.

Ein weiterer wichtiger Bestandteil der PBefG-Novelle ist die klare Positivregelung zur Direktvergabemöglichkeit an interne Betreiber oder für geringfügige Verkehrsleistungen, weil dies die Rechtssicherheit für alle Beteiligten erhöht. Die Neuregelung zu den alternativen Bedienungsformen wie AnrufLinienTaxi oder Taxibus, die eine Genehmigung solcher Verkehre generell zulässt, war notwendig und überfällig; dies hat jüngst das Bundesverwaltungsgericht bestätigt. Auch die unter Berücksichtigung der europarechtlichen Verfahren nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 anzupassenden Verfahrensregelungen im novellierten PBefG haben ihren ersten Praxistest bestanden, auch wenn gerade im Übergang zum neuen Recht in Einzelfällen vom Gesetz zugelassene individuelle Lösungen gefunden werden mussten. Die im Gesetz ebenfalls geregelte Fernbusliberalisierung mit einem angemessenen Schutz des Nahverkehrs schafft Mobilität für neue Kundengruppen und trägt mit Sicherheit zu einem weiteren Imagegewinn des Busses bei. Hinsichtlich der Vorgaben zur Barrierefreiheit des ÖPNV ab dem Jahr 2022 bestehen Vorbehalte vieler Kommunen, weil es an den finanziellen Mitteln zur fristgerechten Umsetzung fehle; hier wird es erforderlich sein, unter Vergrößerung der Anstrengungen mit allen Beteiligten die sinnvolle Reihenfolge der Umsetzungsschritte abzustimmen.

Zusammenfassend halte ich auch ein Jahr nach seiner Verabschiedung das novellierte PBefG für ausgewogen und praxistauglich. Das erste Jahr seiner Anwendung hat gezeigt, dass das aus abweichenden Entwürfen entwickelte Gesetz ein in sich stimmiges und auch vollständiges Regelwerk darstellt, das sich mit Sicherheit auch in der Zukunft bewähren wird.

## > Das neue PBefG: Offene Rechtsfragen sind systemimmanent

Von Rainer Peters, Ministerialrat Landesnahverkehrsgesellschaft Niedersachsen mbH (LNVG)

Gut ein Jahr sind sie nun in Kraft, die als „PBefG-Novelle“ bezeichneten grundlegenden Änderungen des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG). Drei Jahre nach Inkrafttreten der Verordnung (EG) 1370/2007 (VO 1370) haben sich die Vertreter der Bundestagsfraktionen von CDU/CSU, SPD, FDP, und Grünen nach zähem Ringen und unter Beteiligung der Länder auf einen politischen Kompromiss zur Novellierung der Marktzugangsordnung zum 01. Januar 2013 geeinigt.

Die regulatorische Grundausrichtung der Novelle zeigt unterschiedliche Konzeptionen für Nah- und Fernverkehre: Eine weitgehende Liberalisierung und Deregulierung im nationalen Busfernverkehr und eine eher strukturhaltende Ausrichtung im ÖPNV bei gleichzeitiger Anpassung an die VO 1370. Es bleibt bei den unterschiedlichen Marktzugängen für gemeinwirtschaftliche und für eigenwirtschaftliche Linienverkehre. Der gesetzliche Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre steht zwar weiter im Gesetz, die Begriffsdefinition und damit ihr Anwendungsbereich wurden jedoch merklich geändert bzw. eingeschränkt.

Nach gut einem Jahr Praxiserfahrung besteht Anlass, eine erste Zwischenbilanz zu ziehen und den einen oder anderen Blick zu werfen auf offene Rechtsfragen. Solche sind bei Gesetzesnovellen stets systemimmanent, ihre Klärung hat häufig grundlegende materiell- und verfahrensrechtliche Konsequenzen im funktionalen Dreiklang zwischen Genehmigungsbehörden, ÖPNV-Aufgabenträgern und Verkehrsgewerbe. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit soll der Beitrag einige spezielle Rechtsfragen thematisieren, zu ihrer Aufarbeitung beitragen, gleichzeitig Reichweiten wie Grenzen der Auslegung des neuen PBefG aufzeigen.

Nicht wenige ÖPNV-Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen waren und sind der Überzeugung, dass nach altem Recht genehmigte und mit einem Verkehrs- und Finanzierungsvertrag ausgestattete Linienverkehre bei ihrer Wiederbeantragung nach neuem Recht genehmigungsrechtlich (weiter) als eigenwirtschaftlich einzuordnen sind - jedenfalls soweit die Geltungsdauer des Vertrages nicht erschöpft ist. Die Einstufung als „eigenwirtschaftlich“ wird gestützt auf die Argumentation, ein vor Inkrafttreten der VO 1370 am 03.12.2009 geschlossener Verkehrs- und Finanzierungsvertrag sei kein öffentlicher Dienstleistungsauftrag (ÖDA) gemäß Art. 3 Abs. 1 VO 1370. Daher sei auch nicht die Begriffsdefinition des PBefG für einen als gemeinwirtschaftlich zu genehmigenden Verkehr erfüllt.

### **Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses und seine Bezeichnung sind unbeachtlich für die zutreffende genehmigungsrechtliche Einordnung**

Diese Rechtsansicht ist irrig. Die Verweisung in § 8 Abs. 4 PBefG auf Artikel 3 Abs. 1 VO 1370 ist zu qualifizieren als Tatbestands-

verweisung. Sie ist folgerichtig und zwingend, weil die VO 1370 das einzige kodifizierte Regelwerk im Unionsrecht darstellt, das Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs tatbestandlich definiert und solche - mit Ausnahme der Allgemeinen Vorschrift - stets einem ÖDA unterwirft. Aus der Verweisung wie auch aus der Gesetzesbegründung lässt sich gerade nicht ableiten, der nationale Gesetzgeber habe vor dem 03. Dezember 2009 vereinbarte Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen - genehmigungsrechtlich - als eigenwirtschaftlich einordnen wollen, um sie so auf eine Vorrangstufe zu heben mit unternehmerinitiierten Anträgen, die Linienverkehre ohne einen Verlustausgleich und auf eigenes Risiko zur Genehmigung stellen.

Eine solche, allein auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, ggf. auch anderer Handlungsformen abstellende Ungleichbehandlung wäre systemwidrig. Sie führt zu nicht auflösbaren Wertungswidersprüchen in der PBefG-Genehmigungspraxis, in besonders zugespitzter Form würde dies zum Beispiel in einem Verfahren konkurrierender Antragstellungen deutlich werden. Maßgeblich bleibt daher stets die Frage, ob es sich um Ausgleichszahlungen handelt, die im Gegenzug für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen gewährt werden, also solche Verpflichtungen, die der Unternehmer im eigenen kaufmännischen Interesse nicht übernehmen würde. Das Datum des Vertragsschlusses wie auch seine Bezeichnung sind insoweit unbeachtlich für die zutreffende genehmigungsrechtliche Einordnung des Verkehrs als eigen- oder gemeinwirtschaftlich.

Die Genehmigungsbehörde müsste daher einen mit öffentlichen Ausgleichszahlungen finanzierten Verkehr ablehnen, wenn der Unternehmer an seiner Absicht auf eigenwirtschaftlichen Berufszugang festhält. Sie könnte ihn allerdings mit einer gemeinwirtschaftlichen Liniengenehmigung ausstatten, wenn er sein Einverständnis zur Umstellung des Antrages erklärt und die Genehmigungsbehörde nach öffentlicher Bekanntmachung von Antragsfristen im EU-Amtsblatt feststellt, dass kein vorrangig zu genehmigender eigenwirtschaftlicher Marktzugang durch Dritte beabsichtigt ist.

Zur Gewährleistung dieses Vorrangs und aus Gründen einer europaweiten Markttransparenz hat der Gesetzgeber in § 18

PBefG ohnehin die Veröffentlichung des Genehmigungsverzeichnisses im EU-Amtsblatt vorgesehen. Eine solche Pflicht traf die Genehmigungsbehörde jedoch erstmalig Ende 2013.

### **Viele nach altem Recht eigenwirtschaftliche Verkehre werden ihren genehmigungsrechtlichen Status verlieren**

Daraus ergibt sich nahtlos eine weitere Rechtsfrage, jedenfalls soweit es gemeinwirtschaftliche Linienverkehre im o.a. Sinne betrifft, wenn diese in 2013 (unterjährig) wiederbeantragt wurden und ihren Betrieb auch in 2013 oder 2014 aufnehmen bzw. fortsetzen sollten. Ebenfalls in diese Rechtsfrage mit einzubeziehen sind auch solche Verkehre, die wegen eines neuen Verkehrsbedürfnisses erstmals zur Genehmigung gestellt werden. In beiden Konstellationen konnte bzw. kann das Genehmigungsverzeichnis interessierten Marktzugangsbewerbern nicht rechtzeitig die erforderliche Transparenz eröffnen, weil es 2013 unterjährig noch nicht veröffentlicht war bzw. eine neue und erstmals beantragte Linie dort ohnehin nicht ausgewiesen sein kann.

Zum Schutze eines fairen, transparenten Genehmigungsverfahrens, zur Vermeidung des Eintretens einer Genehmigungsfiktion und mit Blick auf den auch im straßengebundenen ÖPNV verwirklichten Gemeinsamen Markt musste die Genehmigungsbehörde auf solche Antragsgänge in 2013 reagieren und bereits vor Veröffentlichung ihres Genehmigungsverzeichnisses eine Antragsfrist mit Präklusion im EU-Amtsblatt setzen, innerhalb derer Berufzugangsbewerber etwaige eigenwirtschaftliche (Konkurrenz-)Anträge stellen konnten. Die gleiche Rechtspflicht traf und trifft sie auch für neue Linienverkehre, unabhängig davon, ob diese eigen- oder gemeinwirtschaftlich erstmals zur Genehmigung gestellt werden.

Nur am Rande sei erwähnt, dass die Amtsblattstelle der Europäischen Union sich nicht in der Lage sah, das Liniengenehmigungsverzeichnis der LNVG zu veröffentlichen. Mit über 2300 Linienkonzessionen war es schlicht zu umfangreich. Veröffentlicht wurde daher ein Vorblatt mit einem Link auf die Internetseite der LNVG und ihr Genehmigungsverzeichnis. Als Fazit bleibt der Befund: Viele nach altem Recht eigenwirtschaftliche Linienverkehre werden bei einer Wiederbeantragung ihren genehmigungsrechtlichen Status verlieren und dürften für Wettbewerber leichter konkurrenzierbar sein.

### **Eigen- und gemeinwirtschaftliche Verkehre auf einer Linie sind genehmigungsrechtlich zulässig**

Eine weitere spezielle Rechtsfrage, die in der Genehmigungspraxis nach neuem Recht Fragen aufwirft, ist die nach einem genehmigungsrechtlich zulässigen Nebeneinander von eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren auf ein und derselben Linie. Die genehmigungsrechtliche Frage ist – unabhängig von einer ökonomischen bzw. planerischen Bewertung – mit einem „Ja“ zu beantworten. Verdeutlicht werden mag dies am Bei-

spiel eines zusätzlichen Abendverkehrs, der vom Bestandsunternehmer eigenwirtschaftlich nicht betrieben werden kann.

Bei einer in ihrer Geltungsdauer erschöpften Liniengenehmigung stünde der Aufgabenträger zunächst vor der Entscheidung, entweder im Rahmen einer Vorabkennntmachung nach §§ 8a Abs. 2, 12 Abs. 6 PBefG vorzugehen oder eine etwaige Unternehmerinitiative nach § 12 Abs. 5 PBefG abzuwarten. Wäre die Vorabinitiative des Aufgabenträgers auf eine Vergabe des Gesamtverkehrs gerichtet, käme bei Ausbleiben eines genehmigungsfähigen eigenwirtschaftlichen Antrages allein eine Genehmigung für einen vollumfänglich gemeinwirtschaftlichen Verkehr in Betracht. Blicke die Initiative auf eine Vergabe des Abendverkehrs begrenzt, kämen zwei Genehmigungen in Betracht: eine für den eigenwirtschaftlichen Kernbestand, eine für den gemeinwirtschaftlichen Abendverkehr.

Wird der Aufgabenträger nicht initiativ und wartet die Unternehmerinitiative nach § 12 Abs. 5 ab, um etwaig anschließend die gemeinwirtschaftliche Zusatzleistung „Abendverkehr“ zu vergeben, kämen wiederum zwei Liniengenehmigungen infrage. Beide können grundsätzlich von einem, ggf. aber auch von zwei Unternehmen beantragt werden. Das funktionierende Nebeneinander von eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren auf ein und derselben Linie setzt voraus, dass die in Rede stehenden Verkehre zueinander abgrenzbar bleiben, auch um Genehmigungsvollzug und -aufsicht handhabbar zu gestalten.

Ähnliche Genehmigungsoptionen ergeben sich im Übrigen bei einem eigenwirtschaftlichen Linienverkehr, dessen Geltungsdauer noch nicht erschöpft ist, der aber nach Planung des Aufgabenträgers während der Laufzeit um gemeinwirtschaftliche Zusatzleistungen ergänzt werden soll. Sehr speziell bleibt in diesem Zusammenhang die Rechtsfrage, ob sich der Bestandsunternehmer erfolgreich auf sein Ausgestaltungsrecht nach § 13 Abs. 2 Nr. 3 lit. c) PBefG berufen und die Erteilung der Genehmigung für einen gemeinwirtschaftlichen Verkehr an einen Dritten noch vereiteln kann. Ein solches „Interventionsrecht“ dürfte verbraucht sein, wenn er es versäumt hat, aufgrund der durch die Behördeninitiative nach §§ 8a Abs. 2, 12 Abs. 6 ausgelösten Dreimonatsfrist einen eigenen eigenwirtschaftlichen Antrag zu stellen. Eine andere Auslegung würde die Initiative des Aufgabenträgers stets einem Höchstmaß an Planungsunsicherheit aussetzen und den gekürzten Bewerber im Anschluss an das Vergabeverfahren vor nicht zu kalkulierende Wagnisse stellen. Auch vor diesem Hintergrund ist jedem Aufgabenträger anzuraten, bereits in einem frühen Stadium seiner Überlegungen den Kontakt zum Bestandsunternehmer zu suchen.

### **Allgemeine Vorschrift ist beim Verbundtarif nicht zwingend**

Eine ebenfalls streitige Auslegungsfrage des neuen Rechts steht im Zusammenhang mit dem finanziellen Ausgleich der aus Verbundtarifen entstehenden Mindereinnahmen. Teile des Ver-

kehrsgewerbes sehen dort den gesetzlichen Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit gefährdet, wenn die Aufgabenträger nicht über eine Allgemeine Vorschrift (AV) intervenieren. Letztere wenden ein, Art und Umfang einer etwaigen Intervention am Markt seien ihnen kompetenziell zugeordnet. Insoweit stünden die Instrumente ÖDA oder AV zu ihrer alleinigen Disposition.

Richtig ist, das neue PBefG statuiert in § 8 Abs. 4 den genehmigungsrechtlichen Vorrang unternehmerinitiiertes (eigenwirtschaftlicher) Verkehre. Damit liegt es zunächst allein in der Entscheidungssphäre des Unternehmers, ob er auf eigenes Risiko und mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln einen Linienverkehr betreiben will oder nicht. Bejaht er die Frage, steht ihm der Antragsweg für einen eigenwirtschaftlichen Linienverkehr weit offen. Verneint er sie, insbesondere weil er auf einen Ausgleich seiner Mindereinnahmen durch die öffentliche Hand angewiesen ist, liegt das weitere Vorgehen in der Hand des Aufgabenträgers.

Die VO 1370 regelt in Artikel 3 Abs. 2 Satz 1 die Befugnis des Aufgabenträgers zum Erlass einer AV, wenn niedrige Beförderungstarife für alle Fahrgäste festgesetzt werden und der Unternehmer für diese gemeinwirtschaftliche Verpflichtung einen finanziellen Ausgleich erhalten soll – der klassischen Anwendungsfall eines Verbundtarifes. Der Ordnungsgeber hat dem Aufgabenträger der gleichen Vorschrift auch das Recht eingeräumt, den Ausgleich in einem ÖDA zu regeln. Und er hat dieses Wahlrecht innerhalb der VO 1370 weder eingeschränkt, etwa zur Wahrung der Eigenwirtschaftlichkeit von Linienverkehren, noch in die regulative Dispositionsbefugnis der Mitgliedstaaten gestellt, wie etwa bei der Inhouse-Vergabe.

Auch der PBefG-Gesetzgeber darf dieses Wahlrecht aufgrund der Höherrangigkeit des Unionsrechtes weder abändern noch abschwächen. Der neue § 13 Abs. 2a PBefG sieht das auch nicht vor. Er fordert bei einem vorgegebenen Verbundtarif lediglich einen Ausgleich nach der VO 1370 und trifft damit keine Auswahl hinsichtlich der konkreten Handlungsform. Auch in der Gesetzesbegründung zu § 13 Abs. 2a heißt es ebenso knapp wie unmissverständlich, dass der Aufgabenträger Ausgleichszahlungen für Verbundtarife in einem ÖDA oder einer allgemeinen Vorschrift regeln dürfe. Der rechtliche Befund ist damit klar, eine andere Frage ist die der politischen Opportunität. Sie zu beantworten, obliegt nicht der Genehmigungsbehörde, sondern bleibt stets Aufgabe der verantwortlichen Akteure vor Ort.

Zuletzt soll noch eine Rechtsfrage mit sehr speziellem Charakter erörtert werden. Dabei wird auch deutlich, dass dem Erfindungsreichtum zur Wahrung „alter“ Rechte gerade vor dem Hintergrund der Einführung des neuen Rechts, kaum Grenzen gesetzt sind.

Die Genehmigungsbehörde war vor die Frage gestellt, ob die Übertragung einer Betriebsführerschaft für einen genehmigten eigenwirtschaftlichen Linienverkehr gehindert ist, wenn der Betriebsführer Ausgleichszahlungen im Rahmen eines Verkehrs- und Finanzierungsvertrages erhält.

## Der „Umweg“ über den Betriebsführer wahrt nicht die Eigenwirtschaftlichkeit

Tatbestandsvoraussetzung für die Genehmigung der Übertragung nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 PBefG ist das Vorliegen der subjektiven Merkmale nach § 13 Abs. 1, 1a PBefG in der Person des Betriebsführers. Im Übrigen verlangt der Antrag gegenüber der Genehmigungsbehörde keine Offenlegung der Finanzierung des Verkehrs. Zu beachten ist aber, dass die Übertragung einer Betriebsführerschaft den Charakter einer „Zusatzgenehmigung“ besitzt und insoweit den rechtlichen Status und das Schicksal der „Hauptgenehmigung“ teilt. Das Abstraktionsprinzip greift insoweit nicht durch. Die Hauptgenehmigung ist erteilt für einen eigenwirtschaftlichen Linienverkehr. Der als Betriebsführer gewählte Unternehmer hat insoweit keine eigene Dispositionsbefugnis, aus § 3 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 1 ergibt sich vielmehr, dass er einen bestimmten (genehmigten) Verkehr betreiben muss. Die Genehmigungsbehörde darf also nur die Betriebsführung für das von ihr „Genehmigte“ übertragen. Erhält sie Kenntnis von Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen, darf sie für einen solchen Verkehr nicht die Übertragung gestatten. Fazit: Der „Umweg“ über den Betriebsführer ist kein „Ausweg“ zur Wahrung der Eigenwirtschaftlichkeit, vielmehr steht ein Umgehungstatbestand nach § 6 PBefG im Raum.

Die Zahl der nach Inkrafttreten der PBefG-Novelle entstehenden speziellen Rechtsfragen ist damit nicht erschöpft. Die oben angeführten Beispiele werfen lediglich Schlaglichter auf eine nach wie vor komplexe und komplizierte Rechtsmaterie mit vielfältigen Berührungspunkten zum Beihilfen- und Vergaberecht, die sich auch dem juristisch geschulten Anwender weder leichtgängig noch auf schnellem Wege erschließt.

*Der Autor ist Ministerialrat und Leiter der PBefG-Liniengenehmigungsbehörde innerhalb der Landesnahverkehrsgesellschaft Niedersachsen mbH (LNVG), die seit 2005 zwischen Nordsee und Harz für über 2300 Linienkonzessionen verantwortlich zeichnet. Sie ist damit die größte deutsche Genehmigungsbehörde.*

## > Ein Jahr liberalisierter Fernbusmarkt – eine Bilanz

Von Anja Ludwig, Leiterin Recht Bundesverband Deutscher Omnibusunternehmen (BDO)

### 1. Einführung

Im Zuge der letzten PBefG-Novellierung ist der Busfernlinienverkehr liberalisiert worden. Von der Dynamik dieses neuen Marktes sind selbst die unmittelbaren Akteure überrascht. Die Anzahl der Fernlinien hat sich von 62 im Januar 2013 auf 138 im Dezember 2013 mehr als verdoppelt, die Tendenz bleibt steigend. Mittlerweile gibt es knapp 40 Anbieter. Die meisten von ihnen sind mit modernsten Reisebussen unterwegs. Sie bieten ihren Fahrgästen eine sichere, umweltfreundliche, bequeme und preiswerte Mobilitätsalternative und werben mit besonderen Features wie W-LAN, Gepäckservice und komfortablem Sitzabstand.

Doch die allorts nach wie vor zu verzeichnende Goldgräberstimmung steht in deutlichem Kontrast zu den zahlreichen Herausforderungen, mit denen sich diese junge Branche konfrontiert sieht.

### 2. Rechtliche Rahmenbedingungen

Während das PBefG für das Genehmigungsverfahren im Fernlinienverkehr nur sehr wenige Vorgaben macht (Bedienungsverbot für Beförderungstrecken unter 50 km bzw. zwischen zwei Haltestellen, wenn auf dieser Strecke Schienenpersonennahverkehr mit einer Reisezeit unter einer Stunde betrieben wird, Betriebspflicht drei Monate, keine Genehmigungspflicht für die Beförderungsentgelte), werden hohe Anforderungen an die eingesetzten Fahrzeuge gestellt.

#### 2.1. Fahrzeuge

Ab dem 01. Januar 2016 müssen neu zugelassene Fernlinienbusse gemäß § 42 b i. V. m. § 62 Abs. 3 PBefG über zwei Rollstuhlplätze und eine Einstiegshilfe (Klapprampe/Hublift) verfügen, ab dem 01. Januar 2020 gilt dies für alle Fernlinienbusse. Damit wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass der Fernbus auch für behinderte Menschen eine Mobilitätsalternative darstellt.

Die Fernbusbetreiber bereiten sich auf diese Anforderungen vor, einige haben bereits barrierefreie Fahrzeuge i. S. d. PBefG im Einsatz und sind schon jetzt in der Lage, zwei Rollstuhlfahrer zu befördern. Die Mehrkosten für eine barrierefreie Ausstattung der Busse belaufen sich auf etwa 25.000 bis 30.000 Euro pro Bus im Vergleich zu Fahrzeugen ohne Einstiegshilfe und flexible Bestuhlung. Die Nachfrage bei den behinderten Menschen, mit dem Fernbus zu reisen, ist bislang sporadisch, aber auch hier ist eine steigende Tendenz zu verzeichnen.

#### 2.2. Rollstühle

In diesem Zusammenhang ist das Problem zutage getreten, dass die überwiegende Zahl der zurzeit genutzten Rollstühle nicht zur sicheren Personenbeförderung im Fernbus geeignet ist, da die meisten Rollstühle nicht den Anforderungen an einen Fahrgastsitz entsprechen, d. h. sie haben keine Herstellerfreigabe nach DIN EN 12183 oder 12184 und keinen Kraftknoten, was im Falle einer starken Bremsung oder gar eines Unfalls zu einem deutlich erhöhten Verletzungsrisiko führt. Da für die Mobilität behinderter Menschen die gleichen Sicherheitsanforderungen gelten müssen wie für alle anderen Fahrgäste, sind hier die Verantwortlichen, allen voran die gesetzlichen Krankenkassen gefragt, zeitnah Abhilfe zu schaffen. Geeignete Rollstühle sind längst am Markt erhältlich, sie werden aber von den Krankenkassen nur in Ausnahmefällen finanziert.

#### 2.3. Infrastruktur

Die im PBefG verankerte barrierefreie Mobilität lässt sich nicht losgelöst von der Beschaffenheit der baulichen Infrastruktur betrachten. Während sich die Fernbusanbieter und Bushersteller um zeitnahe und praxisgerechte fahrzeugbezogene Lösungen bemühen, wird in Sachen Haltestellen/Busterminals der „Schwarze Peter“ hin und her geschoben. Der Bundesgesetzgeber hält sich für nicht zuständig und verweist an die Betreiber und die einzelnen Länder. Erstere sind zwar zur Zahlung von Nutzungsentgelten bereit, wehren sich aber gegen das Ansinnen, selbst Haltestellen und Terminals bauen zu müssen – dabei wird der Vergleich bemüht, auch Air Berlin werde ja nicht zur Fertigstellung des Flughafens BER herangezogen. Die Länder selbst verweisen zurück an den Bund, der sich für die Fernbusliberalisierung stark gemacht hat und nun auch für deren praktische Umsetzung einstehen müsse. Hier besteht dringender Handlungsbedarf. Die fehlende Haltestelleninfrastruktur stellt die Fahrgäste und die Fernbusbetreiber vor große Herausforderungen. Viele Städte sind völlig unvorbereitet mit diesem Thema konfrontiert worden. Manchmal fehlt es an geeigneten Standorten, vielerorts aber bereits an der Bereitschaft der Verantwortlichen, geeignete Standorte bereitzustellen. Zudem weisen vorhandene Busterminals oft viele Mängel auf; es fehlt an Warteäumen mit Witterungsschutz, Toiletten und Personal für den Ticketverkauf. Im Rahmen der EU-Verordnung 181/2011 über Fahrgastrechte im Kraftomnibusverkehr sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, Busbahnhöfe zu benennen, an denen behinderten und mobilitätseingeschränkten Menschen Hilfe geleistet wird. Deutschland hat nur zwei solche Busbahnhöfe benennen können – Hamburg und Mannheim. Eindeutig zu wenig für das viertgrößte Land in der Europäischen Union. Die Ursachen für

die zögerliche Entwicklung vor Ort sind so verschieden wie die Städte selbst. Insbesondere die Mischnutzung der Haltestellen erweist sich in der Praxis als problematisch.

Es gibt Städte, die über ausreichend große zentrale Omnibusbahnhöfe (ZOB) verfügen, diese aber ausschließlich dem ÖPNV vorbehalten. Begründet wird dies damit, dass der ZOB mit GVFG-Mitteln gefördert worden sei und bei einer Öffnung für den Fernbus eine Rückzahlungsverpflichtung der Fördermittel befürchtet werde. Als Reaktion auf die Aufhebung der Zweckbindung verschiedener Fördertatbestände haben viele Bundesländer in ihren Landesnahverkehrsgesetzen eine strenge Zweckbindung implementiert. Hier sollte – gerade vor dem Hintergrund der ab 2022 auch für den ÖPNV geltenden Pflicht zur Barrierefreiheit – über eine Änderung der Landes-ÖPNV-Gesetze nachgedacht werden, sodass künftig eine Mischnutzung möglich wäre.

In manchen Städten fehlt es an geeigneten Flächen, andere zögern, sich des Themas anzunehmen und wollen zunächst die weitere Marktentwicklung abwarten.

Naturgemäß kann es nicht „die eine“ Lösung für alle Städte geben. Aber es gilt nun, die Verantwortlichen für die Besonderheiten dieses Verkehrsegments Fernbus zu sensibilisieren und den sich rasch entwickelnden Markt mit der Einrichtung geeigneter fahrgastfreundlicher und barrierefreier Haltepunkte zu unterstützen.

## Planungsrecht

### > Gestärkte Rolle der Aufgabenträger – oder: Wer definiert die ausreichende Verkehrsbedienung?

#### Rödl & Partner

Die Einflussnahme aktiver Aufgabenträger auf die Planung und Ausgestaltung des öffentlichen Personennahverkehrs wurde gestärkt. Passive Aufgabenträger überlassen die Ausgestaltung der Verkehrsbedienung dem eigenwirtschaftlichen Antragssteller.

Bereits im Rahmen seiner Planungen muss sich der Aufgabenträger entscheiden, ob er eine aktive, gestaltende Rolle einnehmen oder die konkrete Ausgestaltung des ÖPNV der Initiative der Unternehmen überlassen möchte. Über das PBefG wird nunmehr sichergestellt, dass das Rollenverständnis als aktiver oder passiver Aufgabenträger auch Eingang in das Genehmigungsverfahren findet. Die Festlegungen aktiver Aufgabenträger genießen im Genehmigungsverfahren einen höheren Stellenwert als bisher.

Dem Aufgabenträger obliegt weiterhin die Ausgestaltungs- und Finanzierungsverantwortung für die ausreichende Verkehrsbedienung. Dies erfolgt u.a. über die Festlegungen im Nahverkehrsplan. Werden durch den Aufgabenträger für die ausreichende Verkehrsbedienung Standards definiert, so hat die Genehmigungsbehörde die Beachtung dieser Vorgaben durch den Genehmigungssteller zu prüfen. Vorgaben im Nahverkehrsplan sind aber nicht notwendigerweise für die Genehmigungsbehörde verbindlich. Auch die Novellierung des PBefG brachte keine grundsätzliche Verbindlichkeit der Nahverkehrspläne mit sich, wie sie etwa die kommunalen Spitzenverbände eingefordert hatten. Im Falle widersprechender Inhalte eines Genehmigungsantrages zum Nahverkehrsplan kann die Genehmigungsbehörde gemäß § 13 Abs. 2a Satz 1 PBefG die Genehmigung versagen, sie muss es aber nicht. Wird jedoch deutlich, dass der Aufgabenträger, ggf. durch öffentliche Finanzierung aktiv die Einhaltung der von ihm definierten Standards absichern möchte, dann rücken die vom Aufgabenträger erarbeiteten Planungsvorstellungen auch im Genehmigungsverfahren stärker in den Vordergrund und binden die Genehmigungsbehörde.

Zu unterscheiden sind zwei Fälle:

#### 1. Der Aufgabenträger rechnet mit eigenwirtschaftlichen Anträgen.

In diesem Fall sieht er von der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags ab, weil er davon ausgeht, dass sich Unternehmer finden werden, die den Verkehr den bisherigen Vorstellungen des Aufgabenträgers entsprechend auf eigenwirtschaftliche Weise (d.h. ohne die Vergabe eines öDAs) erbringen. Wird ein solcher Antrag gestellt, wird dieser von der Genehmigungsbehörde zu genehmigen sein.

Stellt sich im Genehmigungsverfahren heraus, dass der eigenwirtschaftliche Antrag den Planungsvorstellungen des Aufgabenträgers nicht entspricht, kann der Aufgabenträger noch intervenieren. Er hat nun die Möglichkeit, der Genehmigungsbehörde gegenüber zuzusichern, dass er die Vergabe eines öDAs vornimmt, der das bisherige Verkehrsangebot abbildet. In diesem Fall hat die Genehmigungsbehörde die Geltungsdauer der eigenwirtschaftlichen Genehmigung so zu bemessen, dass sie zu dem Zeitpunkt endet, den der Aufgabenträger als Zeitpunkt der geplanten Betriebsaufnahme des zugesicherten Verkehrs angibt. In der Folge ersetzt dann der über den öDA abgesicherte Verkehr die unzureichende eigenwirtschaftliche Leistung.

#### 2. Darf der Aufgabenträger davon ausgehen, dass die Vorgaben nicht eigenwirtschaftlich zu erbringen sind, so muss neben der Ausgestaltungsverantwortung im Nahverkehrsplan auch die Finanzierungsbereitschaft treten. Diese Bereitschaft dokumentiert der Aufgabenträger über die Vorabbekanntmachung.

Werden die vom Aufgabenträger in der Vorabbekanntmachung definierten Anforderungen nicht erfüllt, ist ein auf die gleiche Leistung gerichteter eigenwirtschaftlicher Genehmigungsantrag zu versagen (§ 13 Abs. 2a Satz 2 PBefG). Ein Abweichen eines eigenwirtschaftlichen Genehmigungsantrages ist allerdings dann unschädlich, wenn der Antrag zumindest dem bisherigen Verkehrsangebot entspricht und von solchen Abweichungen, die als Teil der ausreichenden Verkehrsbedienung zu qualifizieren sind, nur unwesentlich abweicht. Ein für die Genehmigungsbehörde wichtiges Indiz zur Beurteilung der ausreichenden Verkehrsbedienung sind die Festlegungen im Nahverkehrsplan. Der Aufgabenträger sichert seine Vorstellung an dieser Stelle sozusagen auf doppeltem Wege: Einerseits legt die Vorabbekanntmachung grundsätzlich verbindlich die Anforderungen an die künftige Erbringung der Verkehrsleistung fest, von der (ohne Zustimmung des Aufgabenträgers) nur dann abgewichen werden kann, wenn die Abweichung die in der Vorabbekanntmachung zur Sicherstellung der ausreichenden Verkehrsbedienung festgelegten Vorgaben nur unwesentlich modifiziert. Andererseits gibt der Nahverkehrsplan aber auch Auskunft darüber, welche Vorgaben der Vorabbekanntmachung als Teil der Anforderungen an die ausreichende Verkehrsbedie-

nung zu qualifizieren sind. Damit wird eine Abweichung von den Vorgaben schwieriger. Die Anforderungen müssen sich daher aus den Vorgaben des Nahverkehrsplans ableiten lassen. Unklar ist dabei allerdings, wie hoch die Bindungswirkung der definierten ausreichenden Verkehrsbedienungs gegenüber der Genehmigungsbehörde ist.

Bislang galt, dass die Genehmigungsbehörde ihre eigene Entscheidung im Hinblick auf die von ihr zu beurteilenden Sachverhalte trifft. Dies würde auch die Frage betreffen, welche Standards zur ausreichenden Verkehrsbedienungs zählen. Fraglich ist, ob dies unter dem novellierten PBefG weiter der Fall sein wird. In jedem Fall wird es dabei schwierig, die Standards einer

Vorabbekanntmachung als Teil der ausreichenden Verkehrsbedienungs zu begreifen, wenn selbst der Nahverkehrsplan sie nicht zu solchen erhebt. Hier bildet der Nahverkehrsplan definitiv einen wichtigen Indikator. Aber auch umgekehrt dürfte es zumindest einen gewissen Begründungsaufwand von der Genehmigungsbehörde erfordern, Standards als außerhalb der ausreichenden Verkehrsbedienungs anzusiedeln, wenn der Nahverkehrsplan diese ausdrücklich als solche benennt. Hier könnten möglicherweise sogar eine gewisse Bindungswirkung bejaht werden, sofern die Standards aus der Vorabbekanntmachung konsequent aus den Vorgaben des Nahverkehrsplans abgeleitet worden sind.

## > Direktvergaben von Linienbündeln

### Rödl & Partner

Das Instrument der Linienbündelung und der Laufzeitharmonisierung wurde unter der alten Rechtslage primär für wettbewerbliche Vergabeverfahren etabliert, um das Rosinenpicken zu vermeiden. Nunmehr nutzen Aufgabenträger die Linienbündelung als Grundlage von Direktvergaben, zumeist an kommunale Unternehmen. Ist die Linienbündelung als „erster Abwehrwall für eigenwirtschaftliche Anträge“ noch zulässig?

Die Anforderungen für die Vergabe von Verkehrsleistungen ergeben sich aus der VO (EG) Nr. 1370/2007 (VO 1370), die der Linienbündelung aus dem PBefG. Für eine Direktvergabe muss danach zunächst einer der in der VO 1370 genannten Direktvergabetatbestände erfüllt sein. Die Linienbündelung muss den hohen rechtlichen und tatsächlichen Anforderungen nach dem PBefG genügen. Die Zulässigkeit der Linienbündelung richtet sich nach § 9 Abs. 2 i.V.m. § 8 Abs. 3 S. 1 PBefG. Eine Linienbündelung ist nur zulässig, soweit dies die Zielsetzung des § 8 PBefG erfordert. Die Verkehre, die im Rahmen einer Linienbündelung zusammengefasst werden sollen, müssen verkehrlich und wirtschaftlich verbunden sein. Dabei sind unter einer verkehrlichen Verflechtung Zustände zu verstehen, die sich aus Fahrgastsicht ergeben und für einen Zusammenhang mehrerer Linien sprechen. Dazu zählen auch Vereinheitlichung und Standardisierung zur Schaffung eines einheitlichen, leicht zugänglichen ÖPNV-Systems. Eine wirtschaftliche Verbundenheit ergibt sich, wenn sich wirtschaftliche Vorteile aus einer vorhandenen oder potenziellen linienübergreifenden Produktion ergeben oder ergeben können. Dabei ist insbesondere der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit nach § 8 Abs. 4 PBefG zu berücksichtigen, um eine möglichst geringe Belastung der Allgemeinheit zu bewirken.

Die Linienbündelung muss ferner im Verhältnis zum angestrebten Ziel angemessen und verhältnismäßig sein. Es hat daher eine umfassende Abwägung der unternehmerischen und der öffentlichen Interessen zu erfolgen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Konzept der Linienbündelung unter der Prämisse der Ermöglichung von Wettbewerb eingeführt wurde. Durch die Bündelung von Linien sollte für Verkehrsunternehmen ein wirtschaftlich und organisatorisch sinnvolles Paket an Verkehrsleistungen geschaffen werden, sodass das Betreiben dieser Linien wirtschaftlich interessant wird und ein Wettbewerb entsteht.

Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit bezieht sich dabei nicht isoliert auf einzelne Linien (-bündel), sondern auf das gesamte Verkehrsnetz eines Aufgabenträgers. Innerhalb des Linienbündels soll ein Ausgleich zwischen guten und schlechten Risiken geschaffen werden. Für die Schaffung eines Linienbündels bedeutet dies, dass sich innerhalb eines Bündels die ertragsstarken Linien und die ertragsarmen Linien ausgleichen sollen, um so das wirtschaftliche Risiko für den Aufgabenträger und die Allgemeinheit möglichst gering zu halten.

Sind die Anforderungen der Direktvergabe und der Linienbündelung nach dem jeweils relevanten Regelungsregime zu bejahen, bestehen keine Bedenken, beide „Instrumente“ zu kombinieren.

# Genehmigungsrecht

## > Erteilung von Liniengenehmigungen bei einer Bestandsbetreuung

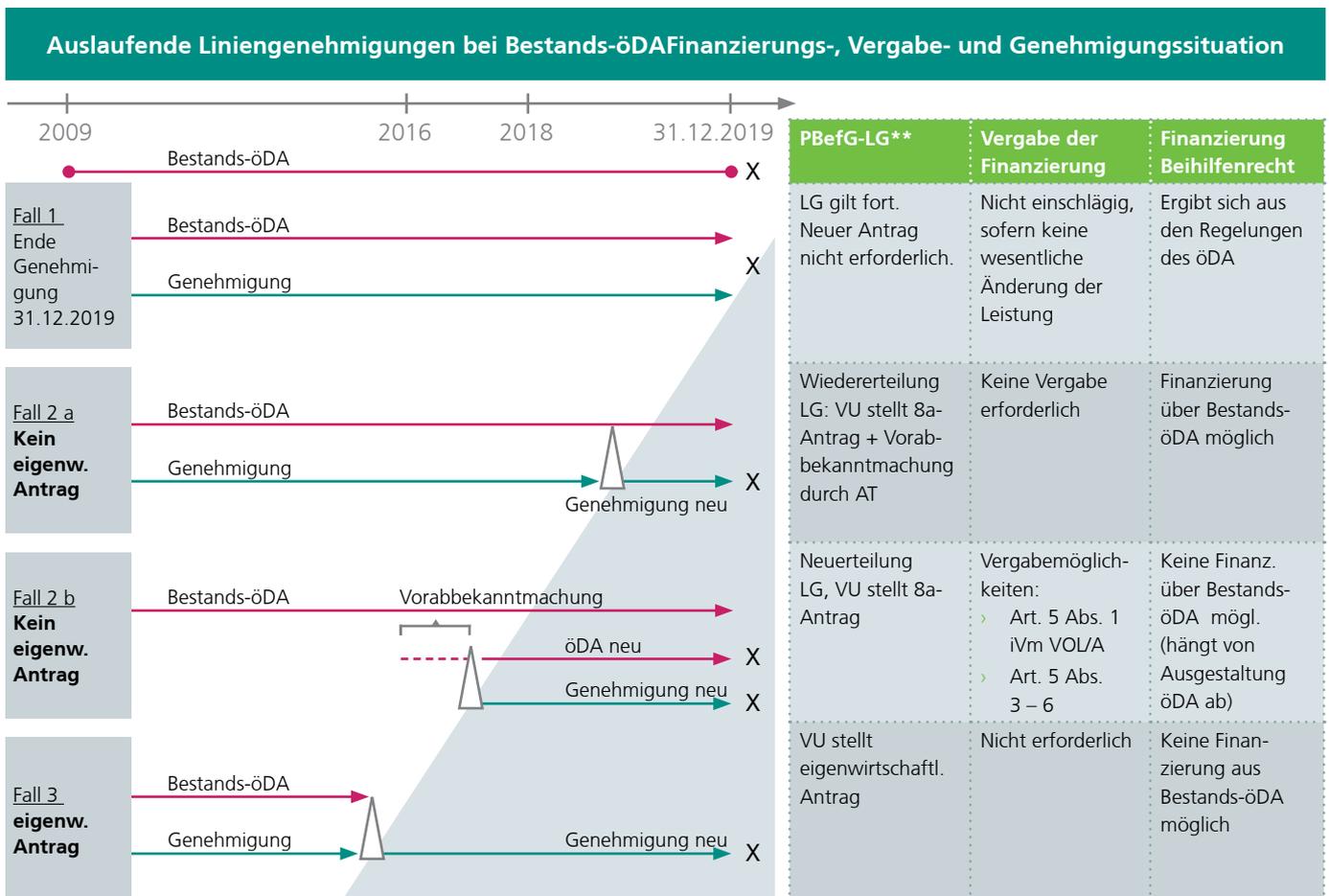
Rödl & Partner

Im Falle einer Bestandsbetreuung können auslaufende Liniengenehmigungen nach § 8a PBefG wiedererteilt werden. Die Laufzeit der Liniengenehmigung darf die Laufzeit des öffentlichen Dienstleistungsauftrags gem. § 16 Abs. 1 Satz 4 PBefG nicht überschreiten.

Aufgrund der Neudefinition von eigenwirtschaftlichen Verkehren gem. § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG werden zukünftig ehemals eigenwirtschaftliche Linien nicht mehr eigenwirtschaftlich genehmigt, wenn deren Finanzierung über einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag erfolgt. Bestehende eigenwirtschaftliche Linien bleiben bis zum Genehmigungsende wirksam (Fall 1).

Bei einer fortgeltenden Bestandsbetreuung besteht für die Unternehmen die Möglichkeit, eine Genehmigung nach § 8a PBefG zu erhalten, ohne dass es hierfür zugleich einer Neubetrauung bedarf (Fall 2a). Die Geltungsdauer der Genehmigung darf sodann nach § 16 Abs. 1 S. 4 PBefG die Laufzeit der Bestandsbetreuung nicht überschreiten.

Dies gilt sowohl für Betrauungen, die nach der VO (EG) Nr. 1370/2007 geschlossen wurden, als auch für Betrauungen vor der Geltung der VO 1370, die auf der Grundlage der Rechtsprechung Altmark-Trans wirksam vorgenommen wurden. Erforderlich ist zudem, dass die Linie nach Art und Umfang von der Bestandsbetreuung sachlich umfasst ist. Insoweit ist im Detail die konkrete Ausgestaltung der Betrauung zu prüfen. Ergibt sich etwa, dass eine Linie in der Betrauung mit einer zeitlichen Befristung aufgeführt ist, endet die Bestandsbetreuung für diese Linie (Fall 2b). In diesem Fall liegt keine wirksame Bestandsbetreuung für die konkrete Verkehrsleistung mehr vor.



\* öDA = öffentlicher Dienstleistungsauftrag

\*\* LG = Liniengenehmigung

Weicht die neu zu erteilende Linie entscheidend von den Inhalten des öffentlichen Dienstleistungsauftrags ab, zum Beispiel weil sich wesentliche Änderungen am Linienverlauf und/oder dem Takt etc. ergeben, ist im Detail zu prüfen, ob die Finanzierung dieser Linie weiterhin von der Bestandsbetrauung umfasst ist. Ist dies nicht der Fall, kann die Finanzierung der Linie ebenfalls nicht über die Bestandsbetrauung erfolgen.

In diesen Fällen kommt der Abschluss einer neuen Betrauung für die neu zu genehmigende Linie in Betracht (Fall 2b). Für die-

se Neubetrauung gelten sodann die Vorgaben der VO (EG) Nr. 1370/2007 für die Vergabe und für die beihilferechtlichen Bestimmungen.

Denkbar ist aber auch, dass eine auslaufende Linie durch den Betreiber eigenwirtschaftlich beantragt wird, obwohl die Linie Teil der Bestandsbetrauung ist. Der Betreiber hat sodann nachzuweisen, dass eine Finanzierung dieser Linie aus der Bestandsbetrauung ausgeschlossen ist (Fall 3).

## > Der Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre

### Rödl & Partner

Der Gesetzgeber hält mit der Regelung des § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG an dem Gebot der eigenwirtschaftlichen Verkehrserbringung fest und normiert damit den Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre vor gemeinwirtschaftlich finanzierten Verkehrsleistungen. Auch wenn das PBefG nach der Novellierung keine begriffliche Unterscheidung von eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren kennt, geht der Gesetzgeber weiterhin von dieser Unterscheidung aus.

Inhaltlich bezieht sich der Vorrang der eigenwirtschaftlichen Verkehre auf die Grundidee, dass Zuschüsse der öffentlichen Hand grundsätzlich zu vermeiden sind. Eigen- und gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen stehen in einem Stufenverhältnis zueinander. Sofern eine ausreichende Verkehrsbedienung mit den in § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG aufgezählten Mitteln kostendeckend finanziert werden kann (Eigenwirtschaftlichkeit), sollen nicht zusätzlich öffentliche Zuschüsse durch einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag vergeben werden (Gemeinwirtschaftlichkeit). Dem Aufgabenträger obliegt das Prüfungsrecht, ob eine eigenwirtschaftlich nicht zu erbringende Verkehrsleistung für eine ausreichende Verkehrsbedienung notwendig ist und damit die Verkehrsleistung gemeinwirtschaftlich finanziert werden muss. Dazu ist eine fehlerfreie Prognose des Aufgabenträgers erforderlich, dass eine ausreichende Verkehrsbedienung mit eigenwirtschaftlichen Mitteln nicht möglich sein werde. Was eine ausreichende Verkehrsbedienung ist, richtet sich nach Maßgabe des § 8 Abs. 3 PBefG. Danach definiert der Aufgabenträger die Anforderungen an Umfang und Qualität des Verkehrsangebots, dessen Umweltqualität sowie die Vorgaben für die verkehrsmittelübergreifende Integration der Verkehrsleistungen in der Regel im Nahverkehrsplan. Erst wenn diese Leistungen kostendeckend mit den in § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG aufgezählten Finanzierungsinstrumenten erbracht werden können, wird die Verkehrsleistung eigenwirtschaftlich erbracht.

Der Grundidee der eigenwirtschaftlichen Erbringung einer ausreichenden Verkehrsbedienung entspricht auch das Genehmigungsverfahren. Es wird deutlich, dass der Gesetzgeber das Ziel verfolgt, eine ausreichende Verkehrsbedienung eigenwirtschaftlich sicherzustellen. Erst wenn eine ausreichende Verkehrsbedienung eigenwirtschaftlich nicht möglich ist oder eigenwirtschaft-

liche Anträge nicht fristgerecht eingereicht werden, dürfen öffentliche Zuschüsse gewährt und gemeinwirtschaftliche Verkehre genehmigt werden.

Obwohl der Gesetzgeber von der eigenwirtschaftlichen Leistungserbringung als Regelfall ausgeht, machen in der Praxis gemeinwirtschaftliche Genehmigungen den Großteil der Genehmigungen aus. Den Aufgabenträgern sollte bei der Einleitung eines Vergabeverfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags stets bewusst sein, dass die Genehmigungsbehörde eigenwirtschaftliche Anträge, die den gesetzlichen Anforderungen genügen, zu bevorzugen hat.

## > Das Verhältnis eigen- zu gemeinwirtschaftlichen Verkehren ist über das Antragsverfahren geregelt

### Rödl & Partner

Im Rahmen der PBefG-Novelle wurde das Verhältnis von eigenwirtschaftlichen zu sog. gemeinwirtschaftlichen Verkehren kontrovers diskutiert. Neben den materiell-rechtlichen Veränderungen über die Definition der Eigenwirtschaftlichkeit (siehe dazu auch Beitrag „Der Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre“ in diesem Heft) ist der Vorrang auch verfahrensrechtlich abgesichert.

Ist die Vergabe von gemeinwirtschaftlichen Verkehren geplant, hat der Aufgabenträger über die beabsichtigte Vergabe nach § 8a Abs. 2 Satz 2, 2. HS PBefG frühestens 27 Monate vorher eine Vorabbekanntmachung zu veröffentlichen. Diese muss die mit dem öffentlichen Dienstleistungsauftrag verbundenen Anforderungen für Fahrplan, Beförderungsentgelt und Standards sowie zur Vergabe als Gesamtleistung (Netz, Teilnetz, Linienbündel, Linie) enthalten. Die Angaben können auch durch einen Verweis auf die Festlegungen des Nahverkehrsplans erfolgen. Ferner muss die Vorabbekanntmachung einen Hinweis auf die dreimonatige Antragsfrist nach § 12 Abs. 6 PBefG enthalten. Danach ist der Antrag auf Erteilung einer Genehmigung für einen eigenwirtschaftlichen Verkehr spätestens drei Monate nach

der Vorabbekanntmachung zu stellen. Liegen nach Ablauf der Frist keine oder keine genehmigungsfähigen Anträge vor, kann die Verkehrsleistung im Wege eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages gemeinwirtschaftlich vergeben werden. Sofern der genehmigte (gemeinwirtschaftliche) Verkehr nicht den in der Vorabbekanntmachung geforderten Anforderungen entspricht, kann die Genehmigungsbehörde nach § 12 Abs. 6 Sätze 2 und 3 PBefG auch eigenwirtschaftliche Anträge nach Ablauf der dreimonatigen Antragsfrist zulassen. Hierdurch wird deutlich, dass der Gesetzgeber das Ziel verfolgt, eine eigenwirtschaftlich ausreichende Verkehrsbedienung sicherzustellen. Erst wenn dies nicht möglich ist, dürfen öffentliche Zuschüsse gewährt und gemeinwirtschaftliche Verkehre genehmigt werden.

### VK Münster – Öffentliche Ausschreibung gemeinwirtschaftlicher Verkehre erst nach negativer Entscheidung zu eigenwirtschaftlichen Anträgen

Die Vergabekammer Münster (VK Münster, Beschluss vom 29.05.13, AZ.VK 5/13) hat entschieden, dass eine öffentliche Busausschreibung erst in Betracht kommt, wenn zuvor gestellte eigenwirtschaftliche Anträge (Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit) von der Genehmigungsbehörde abgelehnt wurden.

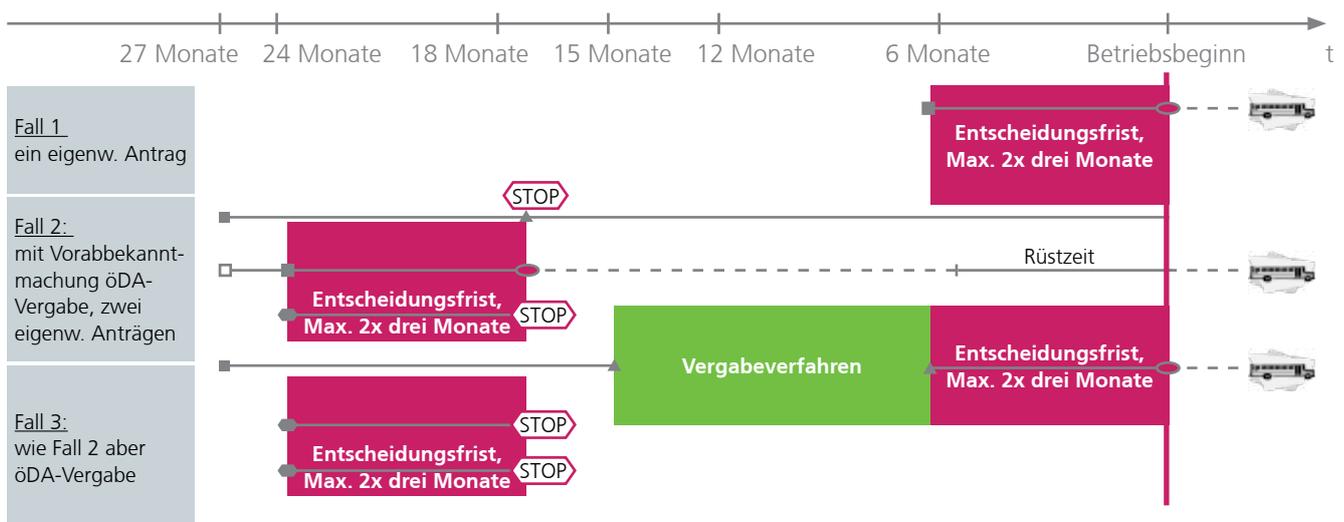


Abbildung: Vorrang der eigen- vor den gemeinwirtschaftlichen Verkehren

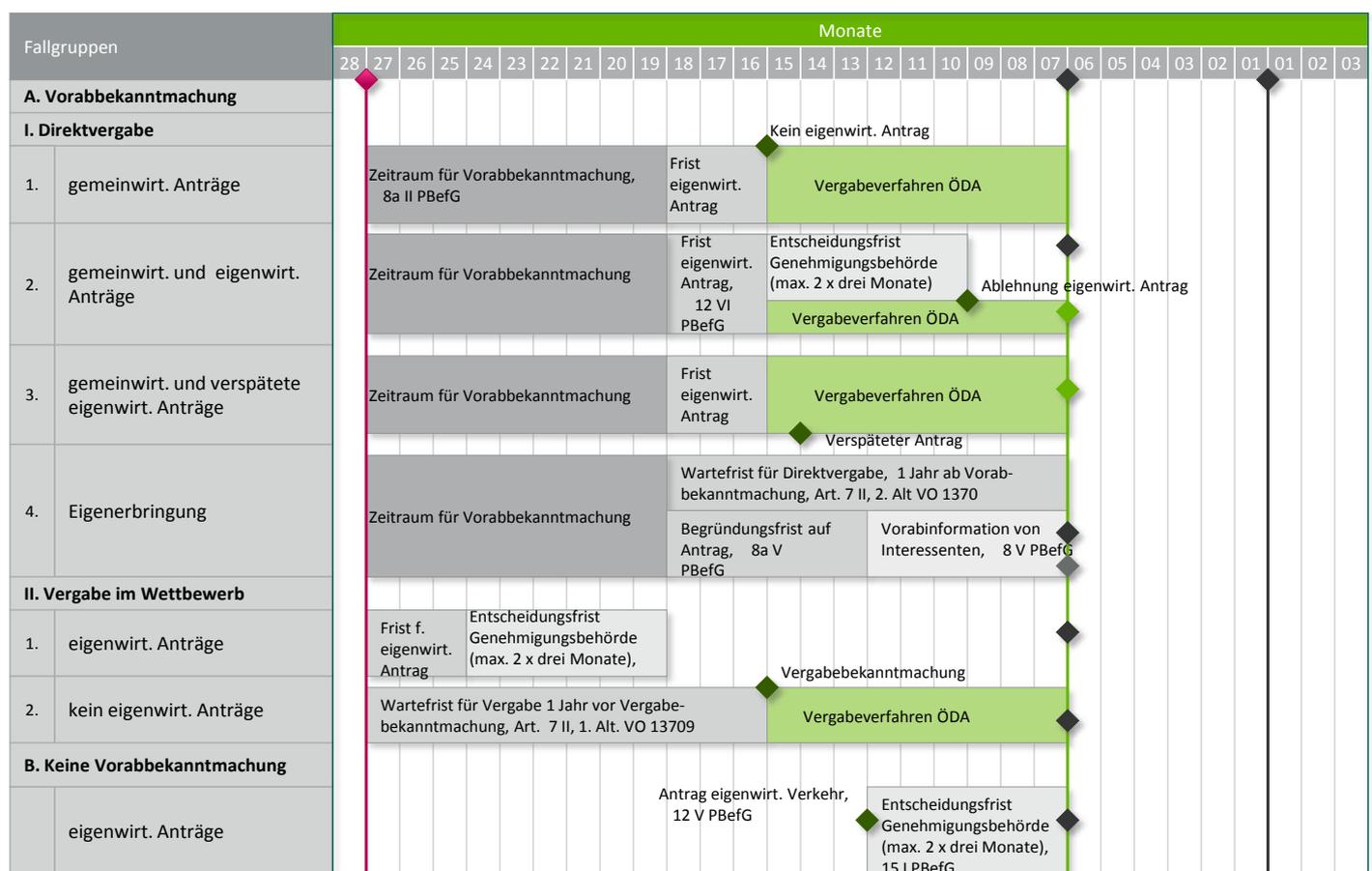
## > Antragsfristen im neuen PBefG

Rödl & Partner

Das neue PBefG sieht für die Vergabe von Verkehrsleistungen ein zweiphasiges Verfahren vor. In der ersten Phase hat eine Vorabbekanntmachung zu erfolgen und in der zweiten Phase erfolgt die eigentliche Vergabe der Verkehrsleistungen. Der Vorabbekanntmachungsfrist kommt dabei für die Beantragung von Linienverkehrsgenehmigungen besondere Bedeutung zu. Denn nur innerhalb der ersten drei Monate der Vorabbekanntmachungsfrist kann ein eigenwirtschaftlicher Antrag einen gemeinwirtschaftlichen Antrag verdrängen.

Die ursprünglich nur in Art. 7 Abs. 2 VO 1370 vorgesehene Vorabbekanntmachung soll nicht früher als 27 Monate vor Betriebsbeginn erfolgen (§ 8a Abs. 2 Satz 2 PBefG). Bei der Bestimmung der Vorabbekanntmachungsfristen ist zu berücksichtigen, dass nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370 die Vorabbekanntmachung spätestens ein Jahr vor der Einleitung des beabsichtigten Vergabeverfahrens zu erfolgen hat. Diese beiden Zeiträume müssen nicht deckungsgleich sein. Der Zeitpunkt der Vorabbekanntmachung liegt folglich frühestens 27 Monate vor Betriebsbeginn und spätestens ein Jahr vor Einleitung des Vergabeverfahrens. Die Vorabbekanntmachung setzt eine dreimonatige Frist für eigenwirtschaftliche Verkehre in Gang. Nach Ablauf dieser Frist

sind eigenwirtschaftliche Anträge grundsätzlich unzulässig und die Genehmigung gemeinwirtschaftlicher Verkehre möglich. In diesem Zusammenhang ist die Regelung des § 12 Abs. 6 S. 2 und 3 PBefG zu beachten. Demnach kann die Genehmigungsbehörde im Einvernehmen mit dem Aufgabenträger auch verspätete Anträge für eigenwirtschaftliche Verkehre zulassen. Dieses Einvernehmen gilt als erteilt, wenn der vom Aufgabenträger beauftragte Verkehr den im Rahmen der Vorabbekanntmachung gesetzten Anforderungen nach § 8a Abs. 2 S. 3 bis 5 PBefG nicht entspricht. Ferner kann der öffentliche Dienstleistungsauftrag entsprechend der gewählten Verfahrensart vergeben werden.



**Legende:**

- ◆ = frühester Zeitpunkt für die Vorabbekanntmachung
- ◆ = Vergabe ÖDA
- ◆ = Genehmigungserteilung 12 VII PBefG
- ◆ = Direktvergabe ÖDA

Abbildung: Übersicht über die Antragsfristen

## > Neue Genehmigungsvoraussetzungen – eine Geschichte unbestimmter Rechtsbegriffe?\*

### Rödl & Partner

Die Neugestaltung des PBefG hat im Rahmen der Genehmigungsvoraussetzungen (§ 13 PBefG) mehrere neue Gründe gebracht, die einem Genehmigungsantrag entgegengehalten werden können. Ob diese neuen Ablehnungsgründe die Anwendung des Gesetzes einfacher werden lassen, steht eher zu bezweifeln. Viele neue unbestimmte Rechtsbegriffe öffnen Tür und Tor für eine unterschiedliche Anwendung durch die Genehmigungsbehörden in Deutschland.

Wie bereits in der ursprünglichen Fassung des PBefG ist eine Linienverkehrsgenehmigung auch künftig zu versagen, wenn der beantragte Verkehr die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt. Neu ist dabei, dass die öffentlichen Verkehrsinteressen nunmehr beeinträchtigt sein sollen, wenn der beantragte Verkehr einzelne ertragreiche Linien oder ein Teilnetz aus einem vorhandenen Verkehrsnetz oder aus einem im Nahverkehrsplan im Sinne des § 8 Abs. 3 PBefG festgelegten Linienbündel herauslöst. Die Neuregelung soll verhindern, dass Unternehmer sich ertragreiche Verkehre aus einem vorhandenen Netz oder Linienbündel herausuchen können, während die übrigen Verkehre von der öffentlichen Hand finanziert werden müssen. Die Anwendung der neuen Voraussetzungen birgt Auslegungsschwierigkeiten. So wird sich die Frage, wann ein Teilnetz vorliegt, nicht immer einheitlich beantworten lassen. Abzugrenzen wäre etwa das Teilnetz von mehreren einzelnen Linien aus einem vorhandenen Netz. Fraglich ist dabei auch, ob ein solches Verkehrsnetz auch aus mehreren Verkehrsarten (etwa Bus-, Straßenbahnverkehr, etc.) gebildet werden kann. Ferner kann die Frage gestellt werden, ob von einem Herauslösen gesprochen werden kann, wenn der Antragssteller die Verkehrsleistungen eines Altunternehmers vollständig in den vorhandenen Verkehrsstrukturen weiter erbringen würde. Hier würde im Ergebnis keine Verkehrsleistung aus den Strukturen herausgelöst, sondern lediglich der Altunternehmer insgesamt ersetzt.

Ein weiterer unbestimmter Ablehnungsgrund findet sich in § 13 Abs. 2a Satz 2 PBefG, wonach die Genehmigung zu versagen ist, wenn ein in der Frist nach § 12 Abs. 6 PBefG (eigenwirtschaftlicher Antrag trotz beabsichtigter Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags) gestellter Antrag die in der

Vorabbenanntmachung beschriebenen Anforderungen nicht erfüllt oder sich nur auf Teilleistungen bezieht. Der Versagungsgrund zielt darauf ab, dass sich an einer eigenwirtschaftlichen Erbringung interessierte Unternehmer bei der Antragsstellung grundsätzlich in den Grenzen der für die Vergabe vorgesehenen Verkehrsleistung halten. Der Genehmigungsantrag ist hingegen trotz einer Abweichung von der Vorabbenanntmachung positiv zu bescheiden, wenn der beantragte Verkehr mindestens dem bisherigen Verkehrsangebot entspricht und darüber hinaus von den in der Vorabbenanntmachung beschriebenen weitergehenden Anforderungen zur Sicherstellung der ausreichenden Verkehrsbedienung nur unwesentlich abweicht. Auch hier stellen sich zwei grundlegende Fragen, nämlich, wann eine Abweichung wesentlich ist, und wann die in der Vorabbenanntmachung normierten Standards einer ausreichenden Verkehrsbedienung dienen. Für die letztere Frage könnte etwa der Nahverkehrsplan des Aufgabenträgers einen wichtigen Anhaltspunkt bieten. Fraglich ist allerdings, wie mit überzogenen und möglicherweise sachlich nicht gerechtfertigten Anforderungen in der Vorabbenanntmachung umgegangen wird, die sich indes auch im Nahverkehrsplan wiederfinden.

Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass sich das Tauziehen um das Gesetzgebungsvorhaben „Novellierung des PBefG“ gewissermaßen im Gesetzestext wiederfinden lässt. Viele unbestimmte Rechtsbegriffe deuten auf Kompromisslösungen hin, die allerdings im Ergebnis zu einer gewissen Portion Rechtsunsicherheit führen, solange noch keine gesicherten gerichtlichen Entscheidungen über die Auslegung der neuen Begrifflichkeiten existieren.

#### Siehe auch zum Thema:



\*Linke, **KommunalPraxis spezial 2/2013**, Voraussetzungen für den Erwerb einer Genehmigung im Personenbeförderungsgesetz – Die neuen Versagungsgründe nach der Novellierung, S. 63 – 65

## > Ein aktiver Bestellermarkt im straßengebundenen ÖPNV entsteht

### Rödl & Partner

Im Rahmen des neuen PBefG ist mit einem Rückgang des Anteils eigenwirtschaftlicher Verkehre zu rechnen. Soll das heutige Verkehrsangebot erhalten bleiben, wird dies in der Regel über Ausschreibungen oder Direktvergaben erfolgen. Insbesondere in ländlichen Regionen werden Ausschreibungen die Regel werden. Die Aufgabenträger müssen sich daher frühzeitig mit den Anforderungen an einen aktiven Bestellermarkt vertraut machen. Welche Anforderungen kommen auf sie zu?

Die Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienug mittels öffentlicher Co-Finanzierung erfordert ein aktives Tätigwerden des Aufgabenträgers. Neben der Vorabkennntmachung sind die vergaberechtlichen Anforderungen nach der VO 1370/2007 zu beachten. Aufgabenträgern stehen insoweit die Direktvergabebetbestände an den internen Betreiber gem. Art. 5 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 oder als Unterschwellenvergabe nach Art. 5 Abs. 4 VO (EG) Nr. 1370/2007\* zur Verfügung. Zudem kommen wettbewerbliche Verfahren nach Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 iVm VOL/A und nach Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007\*\* in Betracht. Der Abschluss von sog. Verkehrsverträgen ohne Beachtung der vergaberechtlichen Anforderungen ist nicht mehr gestattet und birgt für Aufgabenträger und Unternehmen hohe rechtliche Risiken. Als Ergebnis der vergaberechtlichen Marktzugangsoptionen wird ein zweigeteilter Markt erwartet (siehe Grafik DB Regio AG), in dem einige Unternehmen sich im Wettbewerb behaupten müssen, andere insbesondere kommunale Unternehmen hingegen durch Direktvergaben geschützt sind.

Sofern wettbewerbliche Vergaben angestrebt werden, müssen die Aufgabenträger komplexe vergaberechtliche Anforderungen beachten. Diese sind sehr stark von den Gegebenheiten vor Ort beeinflusst. Das betrifft etwa die Frage, wer das Tarif- und Fahrgastentwicklungsrisiko tragen soll. Ist ein Nettovertrag gewünscht – bei dem der Unternehmer das Erlösrisko trägt – wird es darauf ankommen, ob Erlösdaten verfügbar sind, um den Unternehmen eine sachgerechte Kalkulation der Erlöse zu ermöglichen. Zudem sind Standards in Bezug auf Qualität und Quantität zu definieren, die sodann über den gesamten Zeitraum der Vergabe zu beachten sind. Wegen des langen Leistungszeitraums von bis zu zehn Jahren sind Veränderungen des Gesamtumfeldes (z. B. aufgrund der Demographie) unvermeidbar. Um auf solche Veränderungen reagieren zu können, sind in den Ausschreibungsunterlagen Regelungen über Zu- und Abbestellungen zu treffen, die eine möglichst flexible Anpassung ermöglichen und gleichzeitig übermäßige Risikoaufschläge seitens der Unternehmen vermeiden. Ein weiteres Themenfeld betrifft Anreiz- und Kontrollsysteme. Insgesamt ist zu Regelungen mit

### Wandel der Wettbewerbslandschaften Deutschlands 2000 – 2025

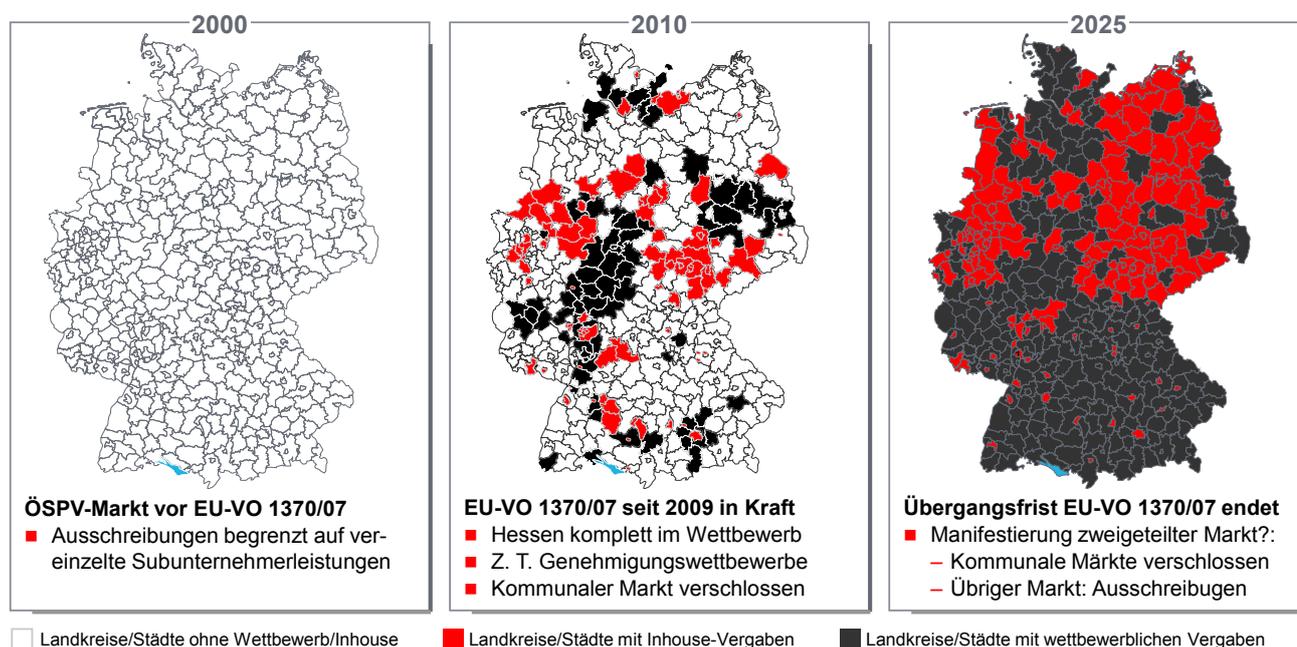


Abbildung: Quelle DB Regio Bus

Augenmaß zu raten. Ausschreibungen führen nur dann zu wirtschaftlichen Ergebnissen, wenn die Risiken und Anforderungen für die Unternehmer zum Zeitpunkt der Angebotserstellung kalkulierbar sind und wenn der Aufwand für die Angebotsabgabe durch möglichst weitreichende Standardisierungen so gering

wie möglich gehalten wird. Das Instrument des Wettbewerbs an sich ist noch kein Garant für einen wirtschaftlichen ÖPNV. Dies muss ergänzt werden durch möglichst stabile Rahmenbedingungen und flexible Vertragsfinanzierungsregelungen.

#### Siehe auch zum Thema:



\*Schröder, **KommunalPraxis spezial 2/2013**, S. 84 – 87; \*\*Saxinger, **KommunalPraxis spezial, 2/2013**, S. 71 – 75

## > Wettbewerbliche Vergabeverfahren richtig bekanntmachen

### Rödl & Partner

Allen interessierten Verkehrsunternehmen muss die Teilnahme an einem wettbewerblichen Vergabeverfahren i.S.d. § 8b PBefG für die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages ermöglicht werden. Dementsprechend verlangt § 8b Abs. 2 PBefG dessen Bekanntmachung.

Die Bekanntmachung ist nicht gleichbedeutend mit der Vorveröffentlichung (Vorabkennzeichnung) nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370, § 8a Abs. 2 Satz 2 PBefG. Sie bezweckt nicht die Vorankündigung eines beabsichtigten wettbewerblichen Vergabeverfahrens, sondern leitet das wettbewerbliche Vergabeverfahren nach Ablauf der einjährigen Vorveröffentlichungsfrist ein.

§ 8b Abs. 2 PBefG regelt nicht allein das „Ob“ der Bekanntmachung. Satz 2 der Vorschrift sieht auch vor, „welches“ Bekanntmachungsmittel (www.bund.de) für die Publikation genutzt werden darf. Die Nutzung des Internetportals des Bundes ist allerdings rein fakultativ, d.h. die Bekanntmachung kann, muss aber nicht zwingend unter www.bund.de veröffentlicht, sondern kann auch anderweitig bekanntgemacht werden. Satz 3 trifft zudem verbindliche Vorgaben zum „Was“, d.h. zum Bekanntmachungsinhalt.

Unter einer Bekanntmachung ist jede Art der Kundgabe einer öffentlichen Ausschreibung in Druckmedien oder in elektronischen Medien zu verstehen. Eine mündliche Bekanntmachung ist hingegen ausgeschlossen, weil sie nicht allen in Betracht kommenden Bietern zugänglich gemacht wird, sondern nur einem beschränkten Kreis von Zuhörern.

Die Bekanntmachung eröffnet nach Ablauf der Einjahresfrist gemäß Art. 7 Abs. 2 VO 1370 das wettbewerbliche Vergabeverfahren förmlich. Erst sobald die Vorveröffentlichung (Vorabkennzeichnung) nach Art. 7 Abs. 2 VO 1370 publiziert ist und nach Ablauf der einjährigen Vorveröffentlichungsfrist erfolgt die „Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens“ i.S.d. Art. 7 Abs. 2 VO 1370 mittels Bekanntmachung nach § 8b Abs. 2 PBefG.

Für die Wahl des Bekanntmachungsmediums trifft § 8b Abs. 2 Satz 2 PBefG keine zwingenden Vorgaben. Die zuständige Behörde ist daher grundsätzlich frei in der Auswahl des Printmediums und/oder des elektronischen Mediums. Tageszeitungen oder lokale Amtsblätter dürften jedenfalls nicht in jedem Einzelfall sicherstellen können, dass allen in Betracht kommenden Interessenten die Bekanntmachung zugänglich ist. Ein hohes Maß an Rechtssicherheit bietet die Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union. Aufgrund einer europaweiten Veröffentlichung besteht generell für alle interessierten Verkehrsunternehmen die Möglichkeit zur Kenntnisnahme und Wettbewerbsteilnahme.

Die Bekanntmachung muss schließlich sämtliche für die Teilnahme an dem wettbewerblichen Vergabeverfahren erforderlichen Informationen enthalten. Inhalte, die eine Bekanntmachung zwingend aufweisen muss, sind in § 8b Abs. 2 Satz 2 PBefG näher dargestellt.

## > Das wettbewerbliche Vergabeverfahren

### Rödl & Partner

Art. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 statuiert für öffentliche Personenverkehre auf Straße und Schiene besondere Regelungen für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge von einer zuständigen Behörde an einen Betreiber. Neben mehreren Arten von Direktvergaben findet sich in Art. 5 Abs. 3 VO 1370 eine Vorschrift zum sog. wettbewerblichen Vergabeverfahren, die über § 8b PBefG weiter konkretisiert wird. Demnach muss das für die wettbewerbliche Vergabe angewandte Verfahren allen Betreibern offen stehen, fair sein und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen. Nach Abgabe der Angebote und einer eventuellen Vorauswahl können im wettbewerblichen Vergabeverfahren unter Einhaltung dieser Grundsätze Verhandlungen geführt werden, um festzulegen, wie der Besonderheit oder Komplexität der Anforderungen am besten Rechnung zu tragen ist.

Die Vorschrift des Art. 5 Abs. 3 VO 1370 ist recht allgemein gefasst. Sie legt lediglich Vergabegrundsätze fest, aber keine Regeln im Detail. Wegen ihres hohen Abstraktionsgrades ist eine Konkretisierung durch das nationale Recht unerlässlich. Für den Anwendungsbereich des Personenbeförderungsgesetzes hat der Gesetzgeber in der neu eingefügten Norm des § 8b PBefG und einigen ergänzenden Vorschriften, insbesondere § 8a PBefG, die Ausgestaltung der europarechtlichen Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 VO 1370 umgesetzt.

Entschließt sich die zuständige Behörde, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens an einen Betreiber zu vergeben, fordert Art. 7 Abs. 2 VO 1370 von ihr eine Vorabbekanntmachung. Demnach muss die Behörde ein Jahr vor Einleitung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens im Amtsblatt der Europäischen Union ihren Namen und ihre Anschrift, die Art des geplanten Vergabeverfahrens sowie die von der Vergabe betroffenen Dienste und Gebiete veröffentlichen. Durch § 8a Abs. 2 PBefG ist der deutsche Gesetzgeber über diese europarechtlichen Mindestanforderungen hinausgegangen und fordert in der Vergabebekanntmachung von der zuständigen Behörde möglichst weitergehende Angaben zum Fahrplan, zum Beförderungsentgelt, zu den vorgesehenen Standards der Verkehrsleistung sowie inwieweit eine Vergabe als Gesamt- oder Teilleistung (Netz, Teilnetz, Linienbündel, Linie) beabsichtigt ist (§ 8a Abs. 2 Satz 3 PBefG). § 8a Abs. 2 Satz 4 PBefG lässt aus Vereinfachungsgründen in der Vorabbekanntmachung den Verweis auf den Nahverkehrsplan oder andere öffentlich zugängliche Dokumente zu. Die Vorabbekanntmachung soll gemäß § 8a Abs. 2 Satz 2 PBefG nicht früher als 27 Monate vor dem geplanten Betriebsbeginn veröffentlicht werden. Weiter soll in die Vorabbekanntmachung ein Hinweis auf die Vorschrift des § 12 Abs. 6 PBefG aufgenommen werden, wonach Unternehmer Anträge auf Erteilung einer Genehmigung für einen eigenwirtschaftlichen Linienverkehr gemäß § 8 Abs. 4 PBefG spätestens drei Monate nach der Vorabbekanntmachung stellen müssen. Tun Unternehmer das, machen sie deutlich, bereit zu sein, die vom Aufgabenträger in § 8 Abs. 3 PBefG festgelegte ausreichende Verkehrsbedienung auch ohne die mit einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag verbundenen Ausgleichsleis-

tungen von der zuständigen Behörde erbringen und sicherstellen zu können. Das wettbewerbliche Vergabeverfahren dürfte in solchen Fällen wegen des in § 8 Abs. 4 und § 8a Abs. 1 PBefG normierten Vorrangs eigenwirtschaftlicher Verkehre nicht weiter geführt werden.

Werden keine Anträge auf Genehmigung einer eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistung gestellt, erfolgt entsprechend Art. 7 Abs. 2 VO 1370 ein Jahr nach der Vorabbekanntmachung die eigentliche Bekanntmachung. Sie leitet das wettbewerbliche Vergabeverfahren ein und muss allen Bietern zugänglich sein. § 8b Abs. 2 PBefG bietet der zuständigen Behörde hierzu eine Veröffentlichungsmöglichkeit auf der Webseite [www.bund.de](http://www.bund.de) an. Die Bekanntmachung hat alle Informationen, die für die Teilnahme am wettbewerblichen Vergabeverfahren erforderlich sind, zu enthalten, insbesondere zum Ablauf, zu den Eignungsnachweisen und zu den Zuschlagskriterien einschließlich deren vorgesehenen Gewichtung.

Der Ablauf des wettbewerblichen Vergabeverfahrens im Detail wird in § 8b Abs. 3 bis 7 PBefG konkretisiert. Die zu erbringenden Dienstleistungen müssen im öffentlichen Dienstleistungsauftrag eindeutig und umfassend beschrieben werden. Ziel ist die Gewinnung miteinander vergleichbarer Angebote. Die im wettbewerblichen Vergabeverfahren gesetzten Fristen haben angemessen in Relation zur Komplexität der Dienstleistungen zu sein (§ 8b Abs. 3 PBefG). Wenn im öffentlichen Dienstleistungsauftrag Unteraufträge zur Erbringung der Dienstleistungen zugelassen werden, kann die zuständige Behörde vorgeben, dass die Übertragung auf die Unterauftragnehmer nach wettbewerblichen Grundsätzen vorzunehmen ist (§ 8b Abs. 5 PBefG). Alle Bieter müssen gleich behandelt werden (§ 8b Abs. 4 PBefG), das Verfahren ist von Beginn an fortlaufend zu dokumentieren und alle wesentlichen Entscheidungen sind zu begründen (§ 8 Abs. 6 PBefG). Der Zuschlag ist auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen (§ 8b Abs. 4 PBefG). Die nicht berücksichtigten Bieter müssen entsprechend den Regularien der §§ 101a, 101b GWB unverzüglich durch die zuständige Behörde informiert werden (§ 8b Abs. 7 PBefG). Bedenkt man, dass wegen Art. 5 Abs. 3 Satz 3 VO 1370 nach

Abgabe der Angebote und einer eventuellen Vorauswahl auch Verhandlungen mit den Bietern geführt werden können, zeigt sich, dass die Erfordernisse des Art. 5 Abs. 3 VO 1370 i.V.m. § 8b PBefG weniger streng und formalisiert sind als das allgemeine Vergaberecht.

Weitere Konkretisierungen zum wettbewerblichen Vergabeverfahren finden sich in § 8a Abs. 4 PBefG. Demnach sind in wettbewerblichen Vergabeverfahren die Interessen des Mittelstandes angemessen zu berücksichtigen. Bei der Vergabe der Leistungen besteht eine Pflicht zur Losbildung. Auffällig ist, dass § 8a Abs. 4 PBefG keine Möglichkeit für die zuständige Behörde vorsieht, bei wettbewerblichen Vergabeverfahren von einer Losbildung abzusehen, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies

erfordern. Eine zu § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB vergleichbare Vorschrift fehlt in § 8a Abs. 4 PBefG. Im Hinblick auf die Losbildung erweist sich das wettbewerbliche Vergabeverfahren somit strenger als das allgemeine Vergaberecht.

Zur Aufnahme des Betriebs und zur Erbringung der im öffentlichen Dienstleistungsauftrag festgelegten Dienstleistungen benötigt der Gewinner des wettbewerblichen Vergabeverfahrens eine personenbeförderungsrechtliche Linienverkehrsgenehmigung (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 PBefG). Den dafür erforderlichen Antrag hat der Gewinner nach § 12 Abs. 7 PBefG spätestens sechs Monate vor dem Beginn der beantragten Geltungsdauer bei der Genehmigungsbehörde zu stellen, wobei diese Frist auf Antrag verkürzt werden kann.

Thematik	Relevante Normen
Genehmigungserfordernis	§ 2 Abs. 1 Nr. 3 PBefG
Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge	§ 8a PBefG
Wettbewerbliches Vergabeverfahren	§ 8b PBefG
Dreimonatige Frist für eigenwirtschaftliche Anträge nach Vorabkennzeichnung	§ 12 Abs. 6 S. 1 PBefG
Antragsfrist für die Liniengenehmigung sechs Monate vor Beginn der beabsichtigten Geltungsdauer	§ 12 Abs. 7 PBefG
Wettbewerbliches Vergabeverfahren	Art. 5 Abs. 3 VO 1370
12-monatige EU-Bekanntmachungsfrist	Art. 7 Abs. 2 VO 1370

## > Teilliniengenehmigungen nach dem PBefG

### Rödl & Partner

Der enge Anwendungsbereich eigenwirtschaftlicher Verkehre sowie dessen Vorrangregelung vor Anträgen mit öffentlichen Verkehrsinteressen kann dazu führen, dass Verkehrsunternehmen vermehrt eigenwirtschaftliche „Teilliniengenehmigungen“ beantragen. Die Genehmigungsbehörden stehen sodann vor der Frage, ob sie diese Verkehre genehmigen müssen, wenn nur der beantragte Teilverkehr auskömmlich betrieben werden kann und die verbleibende Restlinie defizitär ist. „Teillinien“ können sich bei räumlicher Betrachtung auf eine Teilstrecke beziehen und/oder sich zeitlich für bestimmte Tageszeiten etwa während des Berufs- oder Schülerverkehrs ergeben.

Ob solche Anträge auf Genehmigung von Teillinien genehmigungsfähig sind, beurteilt sich danach, ob solche Anträge den öffentlichen Verkehrsinteressen widersprechen, § 13 Abs. 2 PBefG. Nach § 13 Abs. 2 Nr. 3 PBefG sind Liniengenehmigungen zu versagen, wenn durch den beantragten Verkehr öffentliche Verkehrsinteressen beeinträchtigt werden. Bei der Beurteilung, ob öffentliche Verkehrsinteressen beeinträchtigt werden, steht der Genehmigungsbehörde ein Beurteilungsspielraum zu. Beurteilungsmaßstab ist immer die vom Aufgabenträger zu definierende ausreichende Verkehrsbedienug. Der Begriff der öffentlichen Verkehrsinteressen wird durch die nicht abschließende Aufzählung der Versagungsgründe („insbesondere“) konkretisiert. Unter § 13 Abs. 3 Nr. 3 lit. d) PBefG wird die sog. „Rosinenpickerei“ als Versagungsgrund aufgezählt. Danach ist der Genehmigungsantrag zu versagen, wenn einzelne ertragreiche Linien oder ein Teilnetz eines vorhandenen Verkehrsnetzes oder

eines im NVP festgelegten Linienbündels herausgelöst werden sollen. Es soll verhindert werden, dass die verbleibenden Linien nicht mehr auskömmlich oder mit einem größeren Defizit betrieben werden. Hinter diesem Grundgedanken steht die Prämisse, dass der ÖPNV mit so wenig öffentlichen Zuschüssen wie möglich finanziert werden soll und ein Ausgleich zwischen auskömmlichen und defizitären Linien und Linienabschnitten erfolgen kann.

Der Grundgedanke der „Verhinderung der Rosinenpickerei“ kann auch auf die Genehmigungsfähigkeit von Teillinien übertragen werden. Durch die Aufteilung von bestehenden Linien durch einen eigenwirtschaftlichen Teil-Antrag könnte die restliche Linie zuschussbedürftig werden, obwohl die Gesamtlinie über beide Teilstrecken hinweg auskömmlich bzw. weniger defizitär wäre. Es würden so öffentliche Zuschüsse für die nicht

auskömmliche Teillinie erforderlich. Ferner könnte der verkehrsplanerische und betriebliche Aufwand für Teillinien gegenüber dem Betrieb einer Gesamtlinie steigen. Ob die Genehmigungs-

behörden einen solchen Teilbetrieb als Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen ansehen, bleibt ihrer Beurteilung überlassen und bedarf einer Prüfung im Einzelfall.

## > Neue Anforderungen an den Nachweis der dauerhaften Wirtschaftlichkeit von eigenwirtschaftlichen Liniengenehmigungen

### Rödl & Partner

Nach einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) vom 24. Oktober 2013 (Aktenzeichen 3 C 26.12) können eigenwirtschaftliche Genehmigungen nur noch erteilt werden, wenn die Unternehmen nachweislich über die Finanzmittel zum dauerhaften Betrieb der Linie verfügen. Bislang wurden auch defizitäre Linien eigenwirtschaftlich genehmigt und teils durch vorinstanzliche Rechtsprechung bestätigt. Das neue Urteil stellt die Genehmigungsbehörden durch die Prüfung besagter Dauerhaftigkeit des Verkehrsangebots vor eine neue Herausforderung. Der aufgrund der Dauer von Liniengenehmigungen (bis zehn Jahre) zu berücksichtigende langfristige Planungshorizont erfordert eine für die jeweilige Linie jahresscharfe Darstellung aller relevanten quantitativen und qualitativen Merkmale inklusive einer angemessenen Berücksichtigung der Risiken. Eine Möglichkeit zur Darstellung der Wirtschaftlichkeit stellen Geschäfts- bzw. Businesspläne dar.

In seiner Entscheidung wertet das BVerwG die Dauerhaftigkeit des Verkehrsangebots gemäß § 13 Abs. 2 PBefG a. F. als öffentliches Verkehrsinteresse. Damit zähle sie zum Prüfprogramm der Genehmigungsbehörden und sei gegebenenfalls mithilfe externen Sachverständigen zu klären. Die Entscheidungsgründe des Gerichtsurteils sind vollständig auf das zum 01. Januar 2013 novellierte PBefG übertragbar.

Hatte es bisher, neben der finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens, zum Nachweis der Eigenwirtschaftlichkeit ausgereicht, dass die Eigenwirtschaftlichkeit vorgetragen wurde, so führt der Richterspruch nun zu entscheidenden Veränderungen hinsichtlich der Anforderungen an die Darstellung der Wirtschaftlichkeit von Linien.

Die Abbildung von Leistungsdaten, d. h. Mengen (Fahrplankilometer) und Fallzahlen (Häufigkeit der Bedienung, aber auch Anzahl der Fahrgäste), sowie deren Entwicklung ist dabei von großer Bedeutung. Aus diesen leitet sich bspw. ein Einfluss auf die Anzahl und Größe notwendig vorzuhaltender Fahrzeuge ab, die wiederum direkt die Kosten beeinflusst. Aufgrund des mehrjährigen Planungshorizonts muss zudem über die gesamte Laufzeit eine Dynamisierung der Kosten auf Kostenartenebene in den einzelnen Jahren erfolgen. Dabei können auch Indizes

eingesetzt werden. Erlöse müssen streng einzelnen Linien zugeordnet werden können. Bisher ist dies – besonders im Rahmen von Verkehrsverbänden und den dortigen Alteinnahmeaufteilungsverfahren – nicht möglich, da in diesen ausschließlich pauschalierte Werte enthalten sind.

Eine detaillierte Grundlage hinsichtlich der Darstellung und Prüfung der geforderten Dauerhaftigkeit können Businesspläne sein. In diesen werden Geschäftskonzept bzw. unternehmerische Vorhaben und Ziele sowie Maßnahmen zu deren Umsetzung aufgezeigt. Weitere Inhaltspunkte sind die Darstellung von Rahmenbedingungen und – innerhalb einer Analyse von Stärken, Schwächen, Chancen und Risiken (SWOT: Strengths, Weaknesses, Opportunities, Threats) – auch möglicher Risiken und deren Auswirkungen. Diese können hinsichtlich eines Linienbetriebs unter anderem sinkende Schülerzahlen und die Schließung bzw. Veränderung von Schulstandorten oder die Entwicklung von Ausgleichszahlungen im Rahmen des § 45a PBefG (Ausgleichspflicht für die Beförderung von Personen mit Zeitfahrausweisen des Ausbildungsverkehrs) darstellen.

Folgende Abbildung (S. 20) zeigt eine vereinfachte und beispielhafte Darstellung:

10-Jahres-Horizont	Einheit	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
<b>Kosten</b>	Euro (€)										
Personalaufwand											
Abschreibungen											
Materialaufwand											
Aufwendungen für Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe und für bezogene Waren											
Treibstoffkosten											
Fahrstrom											
Sonstige Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe											
Bezogene Waren											
Aufwendungen für bezogene Leistungen											
Sonstige betriebliche Aufwendungen											
<b>Erlöse</b>											
Umsatzerlöse											
Umsatzerlöse aus Fahrscheinverkauf											
Umsatzerlöse aus sonstigen Verkehren											
Erlöse aus Dienstleistungen für Dritte											
Sonstige betriebliche Erträge											
Ausgleichszahlungen											
Vermietung											
Sonstige Erträge											
<b>Determinanten</b>											
Fahrplankilometer	Einheit: Kilometer (km)										
Nutzwagenkilometer											
Fahrgastzahlen	Einheit: Anzahl										
Fahrzeuge											
Personal	Einheit: Stunden (h)										
Personaleinsatz											

Zur rechtlichen Bewertung: siehe auch Kompass Verkehr 01/2014 von Rödl & Partner

## > Zusicherung von der Betriebspflicht

### Rödl & Partner

Die Liniengenehmigung nach dem Personenbeförderungsgesetz verpflichtet den Unternehmer zur Beachtung der gesetzlichen Betriebs-, Beförderungs-, Tarif- und Fahrplanpflicht. Über diese gesetzlichen Verpflichtungen hinaus kann der Unternehmer nach der Novellierung des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) bestimmte Vorgaben für verbindlich erklären und damit den Wünschen des Aufgabenträgers auch in Bezug auf Qualitätsstandards entsprechen. Die zugesicherten Standards erweitern sodann die gesetzliche Betriebspflicht und können im Falle der Antragskonkurrenz im Genehmigungsverfahren von Bedeutung werden.

Die Zusicherung gem. § 12 Abs. 1a PBefG setzt eine Erklärung des Unternehmers voraus. Diese muss inhaltlich hinreichend bestimmt sein, um als Auflage im Genehmigungsantrag festgeschrieben werden zu können. Letztlich obliegen die Entscheidung hierüber und die Festlegung der garantierten Standards ausschließlich dem Unternehmer. Weder der Aufgabenträger noch die Genehmigungsbehörde können eine Zusicherung gegen den Willen des Unternehmens erwirken.

Inhaltlich können nunmehr alle mit der Verkehrsbedienung im Zusammenhang stehenden Standards, auf die der Unternehmer Einfluss hat, Gegenstand der Zusicherung sein. In der Genehmigungspraxis werden dies zunächst die Standards zur Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung sein, wie sie im Nahverkehrsplan definiert sind. Denkbar sind auch Standards, die der Aufgabenträger im Rahmen einer Vorabkennzeichnung gem. § 8a Abs. 2 Satz in Bezug auf den Fahrplan, Beförderungsentgelte etc. definiert hat. Diese dürften in der Praxis deutlich präziser formuliert sein, als die vagen Angaben im Nahverkehrsplan. Auch technische Standards wie etwa für Fahrzeuge, Vertrieb, Navigation können nunmehr im Rahmen der Genehmigungsbeantragung für verbindlich erklärt werden. Von hoher praktischer Bedeutung dürften letztlich die Zusicherungen in Bezug auf die derzeitigen Standards des Verkehrsangebotes sein. Als solche kommen gem. § 13 Abs. 2a PBefG insbesondere Anforderungen zum Linienweg und Haltestellen, zu Bedienungshäufigkeit und Bedienungszeitraum, zur Abstimmung von Fahrplänen und zur Barrierefreiheit in Betracht. Sichert der Unternehmer die Fortführung der bestehenden Standards zu und werden die Anforderungen aus der Vorabkennzeichnung

nur unwesentlich unterschritten, kann die Zusicherung dem Unternehmer – aufgrund der gesetzlichen Wertung des § 13 Abs. 2a Satz 3 PBefG – Vorteile in der Genehmigungskonkurrenz verschaffen.

Über die Zusicherung erfolgt eine Einbeziehung der zugesicherten Standards in die Betriebspflicht gemäß § 21 Abs. 1 Satz 2 PBefG; diese werden Bestandteil der Genehmigung. Für die Geltungsdauer der Genehmigung ist der Unternehmer sodann im Rahmen der Betriebspflicht zeitlich und sachlich verpflichtet, den ihm genehmigten Betrieb aufzunehmen und entsprechend der gesetzlichen Vorgaben sowie der zugesicherten Bestandteile aufrechtzuerhalten. Ferner schränkt die Zusicherung die gewerberechtliche Freiheit des Unternehmers während der Laufzeit der Genehmigung ein. Veränderungen von zugesicherten und genehmigungsrechtlich abgesicherten Standards sind danach „in der Regel“ nur schwer möglich, wenn diese Bestandteil einer verbindlichen Zusicherung gem. § 12 Abs. 1a PBefG waren. Spezielle Regelungen bestehen für beabsichtigte Tarifänderungen gem. § 39 Abs. 2 Satz 2 PBefG und für Fahrplanänderungen gem. § 40 Abs. 2a PBefG. Diese sind in der Regel von der Genehmigungsbehörde abzulegen, wenn die Änderung der verbindlichen Zusicherung „widerspricht“. Insoweit wird es im Einzelfall darauf ankommen, ob z. B. die geplante, nicht vorübergehende Fahrplanänderung einen Widerspruch zur Zusicherung oder lediglich eine Fortschreibung des zugesicherten Standards darstellt. Entsprechendes gilt für Änderungen der Beförderungsentgelte. Für alle übrigen Änderungen gelten die allgemeinen Regelungen zur Entbindung von der Betriebspflicht gem. § 21 Abs. 4 PBefG.

#### Siehe auch zum Thema:



Niemann, **KommunalPraxis spezial 2/2013**, Zusicherung und Entbindung von der Betriebspflicht nach dem novellierten PBefG, S. 66 – 70

## > Liniengenehmigungen als ausschließliche Rechte: Nun doch aber anders als gedacht

Rödl & Partner

Im Zuge der PBefG-Novelle 2013 ist die neue Vorschrift des § 8a Abs. 8 zu ausschließlichen Rechten in das PBefG eingefügt worden. In § 8a Abs. 8 Satz 1 PBefG nimmt der Gesetzgeber direkt auf den Begriff des ausschließlichen Rechts in Art. 2 lit. f) Verordnung 1370/2007 Bezug. Weiterhin wird die Befugnis der zuständigen Behörde verankert, einem Betreiber ein solches ausschließliches Recht im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu gewähren. In den Sätzen 2 und 3 folgen klarstellende Erläuterungen wichtiger Grundsätze zur Gewährung ausschließlicher Rechte, die sich bereits aus der Verordnung 1370/2007 ergeben. Satz 4 beinhaltet schließlich eine Präzisierung des Begriffes der Ausschließlichkeit. Damit soll sichergestellt werden, dass Art und Umfang der Ausschließlichkeit auf das erforderliche Maß begrenzt bleiben. Keine Aussage findet sich in § 8a Abs. 8 PBefG zum Verhältnis zwischen einem ausschließlichen Recht und einer Linienverkehrsgenehmigung.

Wegen des Vorrangs des Europarechts konnte der nationale Gesetzgeber in § 8a Abs. 8 PBefG keinen vom europäischen Recht abweichenden Begriff des ausschließlichen Rechts festlegen. Nur ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 3 Abs. 1, Art. 2 lit. i) Verordnung 1370/2007 ist geeignet, einem Betreiber ein ausschließliches Recht zu gewähren, eine allgemeine Vorschrift nach Art. 3 Abs. 2, Art. 2 lit. l) Verordnung 1370/2007 kommt dafür nicht in Betracht. Ob und inwieweit der Abschluss eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags durch die zuständige Behörde möglich und zulässig ist, wird nicht in § 8a Abs. 8 PBefG geregelt, sondern richtet sich nach § 8a Abs. 1 PBefG. Die Anwendung von § 8a Abs. 8 PBefG setzt somit voraus, dass vorab die Anforderungen des § 8a Abs. 1 PBefG erfüllt sind und der Anwendungsbereich der Verordnung 1370/2007 eröffnet ist.

Der eigenständige Regelungsgehalt von § 8a Abs. 8 Satz 1 PBefG liegt darin, für die zuständige Behörde eine nationale Ermächtigungsgrundlage zur Gewährung ausschließlicher Rechte zu bilden. Adressat der Ermächtigung ist die zuständige Behörde im Sinne der Verordnung 1370/2007, für die in § 8a Abs. 1 Satz 3 PBefG eine Definition existiert. Demnach wird die zuständige Behörde im Landesrecht festgelegt und soll grundsätzlich mit dem ÖPNV-Aufgabenträger nach § 8 Abs. 3 PBefG identisch sein.

Keine explizite Aussage trifft § 8a Abs. 8 PBefG zum umstrittenen Verhältnis zwischen einem ausschließlichen Recht und einer Linienverkehrsgenehmigung. Der deutsche Gesetzgeber wollte in der PBefG-Novelle 2013 hierzu keine abschließende Klärung herbeiführen, obwohl diese Frage seit Jahren lebhaft umstritten ist. Eine Ausnahme bildet allein der Personenfernverkehr, für den nach § 13 Abs. 2 Satz 2 PBefG die objektiven Genehmigungsversagungsgründe des § 13 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 2 und 3 PBefG ausdrücklich nicht gelten. Eine Liniengenehmigung für Personenfernverkehre weist damit keinen ausschließlichen Charakter auf.

Nach dem novellierten PBefG ist gemäß § 8a Abs. 8 Satz 1 i.V.m. § 8a Abs. 1 Satz 3 PBefG grundsätzlich der ÖPNV-Aufgabenträger

für die die Gewährung ausschließlicher Rechte zuständig. Die Entscheidung über die Erteilung einer Liniengenehmigung trifft hingegen die nach § 11 PBefG zuständige Genehmigungsbehörde. Diese wird meist nicht mit dem ÖPNV-Aufgabenträger identisch sein. Für die beiden Rechtsakte gibt es damit regelmäßig unterschiedliche Behördenzuständigkeiten. Dies erweist sich als Konsequenz des auch im novellierten PBefG weiter existierenden Behördendualismus. Aus diesem Befund ist die Schlussfolgerung zu ziehen, dass ausschließliche Rechte und Liniengenehmigungen nicht dasselbe darstellen, sondern der Gesetzgeber sie als zwei unterschiedliche Rechtsinstitute ansieht.

Dafür spricht auch, dass nach § 2 Abs. 1 Satz 1 PBefG entgeltliche oder geschäftsmäßige Personenbeförderungsleistungen nicht ohne eine Genehmigung erbracht werden dürfen. Ihr Vorliegen stellt eine unabdingbare Voraussetzung dar. Hingegen steht die Gewährung eines ausschließlichen Rechts in dem Ermessen des ÖPNV-Aufgabenträgers als zuständiger Behörde. Das wird durch das Wort „kann“ in § 8a Abs. 8 Satz 1 PBefG verdeutlicht. Das Erbringen von Linienverkehrsleistungen nach dem PBefG im ÖPNV erfordert damit nur eine Genehmigung, nicht auch ein ausschließliches Recht. Letzteres kann hinzutreten, ist aber nicht zwingend erforderlich.

Eine mögliche Lösung dieser Streitfrage könnte sein, hinsichtlich des Niveaus der Ausschließlichkeit, das dem Unternehmer durch ein ausschließliches Recht einerseits und eine Liniengenehmigung andererseits vermittelt wird, zu differenzieren. Es liegt nahe, dass ein ausschließliches Recht dem Betreiber einen stärkeren Konkurrenzschutz als eine Liniengenehmigung gibt. Den Ansatzpunkt hierfür bietet der unbestimmte Rechtsbegriff der Beeinträchtigung der öffentlichen Verkehrsinteressen in § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 PBefG. Dieser wurde bislang durch die Rechtsprechung so ausgelegt, dass der Inhaber einer Liniengenehmigung einen sehr weitreichenden Konkurrenzschutz genoss. Eine solche Interpretation war gerechtfertigt, als das Rechtsinstitut des ausschließlichen Rechts im PBefG noch nicht existierte. Nachdem es dieses nunmehr gibt, besteht kein Bedürfnis des Genehmigungsinhabers mehr nach einem so weitreichenden

Konkurrenzschutz wie vor dem Inkrafttreten der PBefG-Novelle. Der Konkurrenzschutz, der dem Inhaber mittels einer Liniengenehmigung gewährt wird, sollte deshalb spürbar gelockert wer-

den. Die weitere Entwicklung zu dieser umstrittenen Frage bleibt in jedem Fall abzuwarten.

## Siehe auch zum Thema:



Saxinger, Genehmigung und Ausgleichsleistungen im Personenbeförderungsrecht vor dem Hintergrund der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, DVBL 2000, S. 688 – 696

## > Fehlende Zumutbarkeit als Voraussetzung von Entbindungsanträgen

### Rödl & Partner

Nach § 21 Abs. 4 PBefG kann die Entbindung räumlich vollständig oder teilweise erfolgen und sie kann zeitlich vorübergehend oder dauerhaft ausgesprochen werden. Maßstab ist der betriebene Verkehr, wie er sich in der Genehmigung gem. § 15ff. PBefG und durch die Betriebs-, Beförderungs-, Fahrplan- und Tarifpflicht darstellt. Ob dem Antrag des Unternehmens entsprochen wird, richtet sich zunächst nach dem Grundtatbestand § 21 Abs. 4 Satz 1 PBefG. Dieser ist erfüllt, wenn die Erfüllung der Betriebspflicht nicht mehr möglich ist (erste Alternative) oder dem Unternehmen, unter Berücksichtigung seiner wirtschaftlichen Lage, eine ausreichende Verzinsung und Tilgung des Anlagenkapitals und der notwendigen technischen Entwicklung nicht mehr zugemutet werden kann (zweite Alternative).

Während die erste Alternative den Fall der Unmöglichkeit regelt, stellt die zweite Alternative auf die wirtschaftliche Situation des konkreten Unternehmens ab. Insoweit wird diskutiert, ob für die Feststellung der Unzumutbarkeit abzustellen ist auf eine Betrachtung der konkreten Linie, für die die Entbindung beantragt wird, oder eine linienübergreifende Wirtschaftlichkeitsanalyse auf den Linienverkehrsbereich des Unternehmens bzw. das gesamte Unternehmen betrachtet werden muss.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine linienübergreifende Wirtschaftlichkeitsanalyse des Unternehmens erforderlich. Hierfür spricht auch, dass es dem Unternehmen erschwert wird, sich auf lukrative Linien, Linienteile oder Betriebszeiten zurückzuziehen und die defizitären Leistungen der Finanzierung der öffentlichen Hand zu überlassen. Zudem würde eine solche Regelung nicht den Grundsätzen eines fairen Verfahrens im Falle der Antragskonkurrenz (sog. Genehmigungswettbewerb) entsprechen. Der Betreiber könnte in der Genehmigungssituation ein umfassendes verkehrliches Angebot unterbreiten und nach Genehmigungserteilung sich von diesem soweit entbinden lassen, bis nur noch die lukrativen Linien betrieben würden.

Als Maßstab der Zumutbarkeit kommt es sodann darauf an, ob dem Unternehmen eine ausreichende Verzinsung und Tilgung des Anlagenkapitals vor dem Hintergrund der notwendigen technischen Entwicklung noch zugemutet werden kann. Dieser Maßstab ist erfüllt, wenn der Linienverkehr des Unternehmens bislang kostendeckend betrieben werden konnte und auch eine angemessene Verzinsung des Anlagenkapitals gegeben war. Eine Entbindung hätte bei diesem Unternehmen bereits dann Erfolg, wenn das Unternehmen nur noch kostendeckend tätig

ist, da es sodann an der Verzinsung des Anlagenkapitals fehlen würde.

### Jenseits dieses Grundtatbestandes bestehen verschiedene Fallgruppen mit unterschiedlichen Anforderungen:

- > **Fallgruppe 1 Entbindung bei gesetzlicher Betriebspflicht:** Eine Entbindung kann auf Antrag erfolgen. Sie ist auf die Fälle der Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit beschränkt, gem. § 21 Abs. 4 Satz 1 PBefG.
- > **Fallgruppe 2 Teilentbindung:** Die Anforderungen ergeben sich aus Satz 1 und 2. Eine Teilentbindung darf in der Regel nur vorgenommen werden, wenn öffentliche Verkehrsinteressen der (Teil)Entbindung nicht entgegenstehen.
- > **Fallgruppe 3 Entbindung bei Zusicherung:** Wird ein Entbindungsantrag von Zugesicherten für Betriebsleistungen gestellt, so richten sich die Anforderungen nach Satz 1 in Verbindung mit Satz 3. Die Voraussetzungen des Satzes 1 müssen danach zunächst geprüft werden, um die Zumutbarkeit bewerten zu können. Hierfür spricht die gesetzliche Regelvermutung.
- > **Fallgruppe 4 Teilentbindung von zugesicherten Bestandteilen:** In dieser Konstellation richten sich die Anforderungen an die Zumutbarkeit, die in Abwägung der ökonomischen Betrachtung des Unternehmens und dem öffentlichen Verkehrsinteresse ermittelt werden muss. Zudem greift sodann die Regelvermutung in Bezug auf die Zumutbarkeit.

## > Keine Teilentbindung bei entgegenstehendem öffentlichen Interesse und Zusicherung

### Rödl & Partner

Während unter der Geltung der alten Rechtslage die Zulässigkeit einer Teilentbindung diskutiert wurde, stellt die Neuregelung dies nun ausdrücklich klar. Die Entbindung von Teilleistungen kann danach nur erfolgen, wenn öffentliche Verkehrsinteressen dem nicht entgegenstehen, keine Entbindung von zugesicherten Bestandteilen vorliegt.

Die öffentlichen Verkehrsinteressen sind im Nahverkehrsplan und ggf. in der Vorausbekanntmachung konkretisiert. Unklar bleibt, warum vom Normgeber nicht unmittelbar der Bezug auf die ausreichende Bedienung gewählt wurde. Da jedoch der Termin der öffentlichen Verkehrsinteressen weiter gefasst ist, ist die Bezugnahme auf die ausreichende Verkehrsbedienung gem. § 8 Abs. 3 PBefG Teil der öffentlichen Verkehrsinteressen. Mit der Bezugnahme auf entgegenstehende öffentliche Verkehrsinteressen stellt der Gesetzgeber klar, dass das Herauspicken nur lukrativer Linien(-abschnitte), sog. Rosinenpicken, in dem sich der Unternehmer von den weniger lukrativen Linienabschnitten teilentbinden lässt, nicht statthaft ist. Der EuGH hat unter Bezug auf die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 festgestellt, dass kein Anspruch auf eine Teilentbindung besteht. Bislang war es übliche Praxis, dass über eine Teilentbindung die Eigenwirtschaftlichkeit des konkreten Verkehrs gesichert wurde. Öffentliche Belange waren in dieser Abwägung nur nachrangig zu betrachten. Sie gewichtet nun die öffentlichen Verkehrsinteressen höher. Die Regelung trägt damit auch dem Umstand Rechnung, dass bei einer Entbindung von Teilleistungen eine kostengünstige Sicherstellung der ausreichenden Verkehrsbedienung nicht mehr gewährleistet ist. Insoweit ist zu koinzidieren, dass ein Anspruch auf Teilentbindung nicht besteht, im Rahmen der Ermessensausübung durch die Genehmigungsbehörden eine Regelvermutung gegen eine Teilentbindung spricht.

Liegt eine Zusicherung nach § 12 Abs. 1a PBefG vor, so soll die Möglichkeit der (Teil)Entbindung noch weiter eingeschränkt werden. Der Normtext stellt die Regelvermutung auf, dass die Erfüllung der zugesicherten Bestandteile des Genehmigungsantrags in der Regel zumutbar bleibt. Als Begründung für diese Änderung wird von der Sondierungsgruppe angeführt, dass die aktuelle Praxis zeige, dass Verkehrsunternehmen insbesondere im Genehmigungswettbewerb ein besseres Verkehrsangebot vorlegen als sie wirtschaftlich leisten können, allein um den Zuschlag zu erhalten. „Diesen Unternehmen sollte nicht die Möglichkeit gegeben werden, im Nachhinein über § 21 Absatz 4 sich von Verkehrsteilen aus betrieblichen Gründen entbinden zu lassen. Denn andere Unternehmen hätten das gesamte Angebot garantieren können. Darüber hinaus hätten im Fall einer nur teilweisen Entbindung die Aufgabenträger kaum die Möglichkeit, die wegfallenden Verkehrsangebote zu vergeben. Durch die Ergänzung wird sichergestellt, dass bei einer angestrebten

Reduzierung des Verkehrsangebots durch den Unternehmer unterhalb der ausreichenden Verkehrsbedienung einer solchen teilweisen Entbindung in der Regel nicht zugestimmt werden darf. Der Unternehmer hat nur die Wahlmöglichkeit, den Betrieb im vollen Umfang aufrecht zu erhalten oder alternativ die vollständige Entbindung von der Betriebspflicht zu beantragen. In diesem Fall kann dann der gesamte Verkehr von einem anderen Unternehmer eigenwirtschaftlich oder nach Vergabe durch den Aufgabenträger gemeinwirtschaftlich betrieben werden.“ (Sondierungsrunde aus Bund und Ländern vom 11.09.2012).

Obwohl die Neuregelung sich ausschließlich an die Unternehmen richtet, erscheint es für Aufgabenträger sinnvoll, im Rahmen einer Vorabbekanntmachung gem. § 8a Abs. 2 PBefG und im Falle eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens gem. § 8b Abs. 2 Nr. 3 PBefG die Zuschlagskriterien klar zu definieren. Interessierte eigenwirtschaftliche Anbieter können sodann erkennen, welche konkreten Standards vom Aufgabenträger angestrebt werden und die Befolgung dieser Standards ggf. zum Gegenstand einer Zusicherung machen.

## > Inkongruenz von Zulassungs- und Entbindungsvoraussetzungen

### Rödl & Partner

Auch nach der Novellierung besteht die Inkongruenz zwischen Zulassungs- und Entbindungsvoraussetzungen fort. Der Gesetzgeber hat dem Unternehmen die Möglichkeit zum Rückzug an der Betreiberpflicht offen gehalten.

Die finanzielle Leistungsfähigkeit, als Zulassungsvoraussetzung in der Genehmigungssituation, setzt voraus, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung das Verkehrsunternehmen die Voraussetzung erfüllt, um eine Bedienung bis zum Ende der Laufzeit als sicher erwarten zu lassen. Andernfalls ist der Antrag nicht genehmigungsfähig. Unterstellt, dass die Genehmigungsbehörden im Nachgang zu der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Oktober 2013 vertiefende Prüfungen hierzu vornehmen, wäre es von Seiten des Gesetzgebers konsequent gewesen, wenn bei gleichwertigen ökonomischen und verkehrlichen Rahmenbedingungen eine Entbindung an sich nicht statthaft wäre. Insoweit hätte der Gesetzgeber eine vergleichende Betrachtung fordern können, in der der Unternehmer neben der subjektiven Unmöglichkeit (Unzumutbarkeit) auch zum Nachweis der objektiven Veränderung verpflichtet gewesen wäre. Die Genehmigungsbehörde hätte ihrerseits eine detaillierte Prüfung und Dokumentation vornehmen müssen. Offenkundig hat der Gesetzgeber aber die damit verbundenen praktischen Schwierigkeiten als zu hoch bewertet und dem Gedanken der gewerberechtlichen Freiheit folgend, dem Unternehmer die Möglichkeit zum Rückzug aus der Betriebspflicht offen gehalten. Nur im Falle der Teilentbindung und der Zusicherung soll nun ein strengerer Maßstab gelten.

Kritisch sei dazu angemerkt, dass über das Instrument der Zusicherung zwar ein höheres Maß an Fairness in der Antragskonkurrenz und mehr Verlässlichkeit für den Aufgabenträger erreicht werden kann. Dieser Effekt tritt aber nur ein, wenn die Unternehmen von dem Instrument auch Gebrauch machen. Es steht zu vermuten, dass die Anwendung auf Zurückhaltung seitens der Unternehmen stößt, um die damit verbundenen Restriktionen während der Genehmigungslaufzeit zu vermeiden. Aufgabenträger und Genehmigungsbehörde bleiben in dieser Situation weiterhin nur Zaungäste. Es wäre daher wünschenswert gewesen, wenn der Gesetzgeber die Abgabe einer Zusicherung ausdrücklich als positiv zu bewertendes Merkmal herausgestrichen hätte. Derzeit bleibt im Unklaren, ob bei zwei eigenwirtschaftlichen Angeboten die Abgabe einer Zusicherung durch einen der Betreiber einen Vorteil verschafft, der im Rahmen der Ermessensentscheidung der Genehmigungsbehörde zu berücksichtigen ist. Nach dem Wortlaut des § 13 Abs. 2b PBefG kommt es auf die „beste Verkehrsbedienung“ an. Möglicherweise lässt sich im Rahmen einer analogen Anwendung des Grundgedankens aus § 13 Abs. 2 Satz 3 PBefG der Schluss ziehen, dass mit der Zusicherung ein Zugewinn an Sicherheit für die Aufrechterhaltung der Verkehrsbedienung verbunden

ist, der bei zwei gleichwertigen Angeboten zu würdigen ist. Zwingend erscheint diese Interpretation indes nicht, da über die positive Feststellung der finanziellen Leistungsfähigkeit gem. § 13 Abs. 1 Nr. 1 PBefG die Erfüllung der angebotenen Verkehrsleistung an sich in beiden Fällen gleich zu bewerten ist. Andernfalls wäre der Verkehr nicht genehmigungsfähig.

## > Prüft die Genehmigungsbehörde öffentliche Dienstleistungsaufträge im Genehmigungsverfahren?

### Rödl & Partner

In das novellierte PBefG ist der europarechtlich geprägte Begriff des öffentlichen Dienstleistungsauftrages (öDA) eingeführt worden. Ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag ist gemäß § 8a Abs. 1 Satz 2 PBefG von der zuständigen Behörde (d.h. i.d.R. den Aufgabenträgern) zu vergeben, wenn zur Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung Ausgleichsleistungen oder ausschließliche Rechte gewährt werden sollen. Fraglich ist allerdings, ob die Genehmigungsbehörde das Vorhandensein oder die Rechtgültigkeit der öDAs im Genehmigungsverfahren überprüft.

Die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge ist bereits europarechtlich immer erforderlich, wenn Ausgleichsleistungen oder ausschließliche Rechte an einen Betreiber gewährt werden. Das novellierte PBefG greift dieses Erfordernis auf und versucht das grundsätzlich von der Vergabe von öDAs zu unterscheidende Genehmigungsverfahren mit dem Vergabeverfahren zu verzahnen. Hierfür ist in § 12 Abs. 6 PBefG eine Ausschlussfrist für Konkurrenzanträge gesetzt worden, die auf Leistungen zielen, die eigentlich auf der Grundlage eines öDAs vergeben werden sollen, die der Konkurrenzantrag aber in eigenwirtschaftlicher Weise zu erbringen beabsichtigt (d.h. ohne Ausgleichsleistungen im Rahmen von öDAs). Wird im Rahmen eines öDAs sodann ein ausschließliches Recht gewährt, sind alle Genehmigungsanträge, die dieses ausschließliche Recht verletzen würden, nach § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PBefG abzulehnen. Um dem nachzukommen, muss die Genehmigungsbehörde zumindest die (entsprechenden) Inhalte der öDAs kennen. Folgerichtig normiert § 12 Abs. 1 Nr. 1 lit. e PBefG nunmehr, dass im Rahmen des Genehmigungsantrages über einen etwaig für die Leistung abgeschlossenen öDA der Genehmigungsbehörde gegenüber ein Nachweis erbracht werden soll. Die Vorgabe ist als Soll-Vorschrift ausgestaltet, weswegen nicht in jedem Fall eines vorhandenen öDAs die Nachweiserbringung zwingend notwendig ist. Aus diesem Umstand und der Tatsache, dass § 13 PBefG (der die Genehmigungsvoraussetzungen regelt) nicht die Überprüfung der öDAs durch die Genehmigungsbehörde fordert, kann geschlossen werden, dass die Genehmigungsbehörde die Wirksamkeit eines öDAs im Genehmigungsverfahren nicht zu prüfen hat.

Eine neue Entscheidung des BVerwG könnte diesen Befund möglicherweise aufweichen. Mit Urteil vom 24.10.2013 (Az.: 3 C 26.12) hat das BVerwG entschieden, dass die Genehmigungsbehörde einen Genehmigungsantrag abzulehnen hat, wenn der Genehmigungsbewerber den Verkehr nicht dauerhaft in dem der Genehmigung zugrunde liegenden Umfang betreiben kann, obwohl ein entsprechendes Verkehrsbedürfnis besteht. Fehlt die dauerhafte Gewährleistung des Verkehrs, seien die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt und somit der Genehmigungsantrag abzulehnen.

Zur Begründung wird u.a. angeführt, dass die Genehmigungsbehörde nicht gezwungen sein kann, sehenden Auges einen in seiner Kontinuität von vornherein gefährdeten Linienbetrieb zu genehmigen. Vergleicht man die Situation, die der Entscheidung des BVerwG zugrunde lag, mit derjenigen des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins eines wirksamen öDAs, wäre zusätzlich § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 PBefG in die Betrachtung einzustellen. Nach dieser Norm hat die Genehmigungsbehörde eine Genehmigung zu widerrufen, wenn bei Verkehren, bei denen die Vergabe eines öDAs erforderlich war, kein öDA mehr besteht. Argumentativ eröffnet die Entscheidung des BVerwG daher Tür und Tor für verschiedene Annahmen im Hinblick auf das Prüfprogramm der Genehmigungsbehörde. Betrachtet man § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 PBefG und den Umstand, dass ein fehlender (bzw. unwirksamer) öDA den Widerruf der Genehmigung und damit auch die Diskontinuität der Leistungen zur Folge hätte, könnte argumentiert werden, dass die Genehmigungsbehörde zumindest die Möglichkeit hätte, bei Zweifeln über die Wirksamkeit des öDAs, eine Überprüfung desselben vorzunehmen. Andernfalls würde sie auch an dieser Stelle womöglich einen Verkehr sehenden Auges genehmigen, dessen Kontinuität auf absehbare Zeit zu verneinen ist.

Bisher ist allerdings, wie bereits ausgeführt, eine solche Überprüfungsmöglichkeit durch die Genehmigungsbehörde im PBefG nicht vorgesehen. Die vorstehenden Ausführungen sollen lediglich zeigen, dass die neue Rechtsprechung des BVerwG in Kombination mit dem novellierten PBefG einige Unklarheiten birgt, die möglicherweise künftig noch Fragen aufwerfen könnte.

## > Steht die Inanspruchnahme einer Busförderung eigenwirtschaftlichen Liniengenehmigungen entgegen?

### Rödl & Partner

Nach der Legaldefinition des PBefG ist ein Genehmigungsantrag nur dann eigenwirtschaftlich, wenn der Verkehr ohne öffentliche Ausgleichsleistungen aufgrund eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags finanziert ist. Sind Genehmigungsanträge von Verkehrsunternehmen, die gegenwärtig oder in der Vergangenheit eine Busförderung erhalten haben, daher eigenwirtschaftlich nicht mehr genehmigungsfähig?

Zweifel an der Bewertung als „eigenwirtschaftlicher Antrag“ könnten sich aus der Legaldefinition nach § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG ergeben. Erhält danach ein Verkehrsunternehmen Ausgleichsleistungen aufgrund von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nach Art. 2 lit. i), Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007, so soll dieser Verkehr nicht als eigenwirtschaftlich zu bewerten sein.

Dies hätte genehmigungsrechtlich weitreichende Folgen: Genehmigungsanträge könnten sodann nur noch nach § 8a PBefG genehmigungsfähig sein und der Unternehmer könnte sich in der Konkurrenzsituation nicht auf den Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit berufen.

Auch für die Aufgabenträger ergeben sich ggf. erhebliche Auswirkungen. Entfielen eigenwirtschaftliche Anträge wegen der Inanspruchnahme der Busförderung, obläge dem Aufgabenträger die Initiative: Aufgabenträger müssen sodann die Marktorganisation aktiv übernehmen. Dies wiederum würde die rechtzeitige Vorabkennzeichnung gem. § 8a Abs. 2 Satz 2 PBefG erfordern, die „nicht früher als 27 Monate vor Betriebsbeginn erfolgen“ soll.

Rechtliche Lösungsansätze könnten sich ergeben, wenn die Ausgestaltung der Busförderung nicht als öffentlicher Dienstleistungsauftrag erfolgt. Hierzu sind die konkreten Regelungen der Fahrzeugförderung zu überprüfen. Auch in der Gesetzesbegründung zur Novellierung des PBefG wird in einem Klammerzusatz die Inanspruchnahme einer Busförderung als für die Eigenwirtschaftlichkeit unschädlich bewertet. Dieser politische Hinweis öffnet ggf. Gestaltungsspielräume, die frühzeitig für die Ausgestaltung der Busförderung genutzt werden sollten.

## Barrierefreiheit

### > Barrierefreiheit stellt erhebliche „Hürden“ für Unternehmen und Aufgabenträger dar

#### Rödl & Partner

Das Thema Barrierefreiheit ist nicht vollkommen neu, denn auch in der früheren, bis zum 31. Dezember 2012 gültigen Fassung des PBefG fanden sich Vorschriften zur Berücksichtigung des Ziels einer möglichst weitreichenden Barrierefreiheit behinderter und anderer Menschen mit Mobilitätsbeeinträchtigung im Nahverkehrsplan des ÖPNV-Aufgabenträgers. Die PBefG-Novelle zum 01. Januar 2013 bringt jedoch einige wichtige weitergehende Aspekte zur Barrierefreiheit und zwar sowohl für den ÖPNV wie den Busfernverkehr.

Der Nahverkehrsplan des ÖPNV-Aufgabenträgers hat nach der novellierten Vorschrift des § 8 Abs. 3 Satz 3 PBefG die Belange der in ihrer Mobilität oder sensorisch eingeschränkten Menschen mit dem Ziel zu berücksichtigen, für die Nutzung des ÖPNV bis zum 01. Januar 2022 eine vollständige Barrierefreiheit zu erreichen. Das gesetzgeberische Ziel ist dadurch nicht mehr eine möglichst weitreichende, sondern die vollständige Barrierefreiheit. Weiterhin ist eine zeitliche Vorgabe zur Erreichung dieses Ziels bis zum 01. Januar 2022 aufgenommen worden. Von dieser Frist kann gemäß § 8 Abs. 3 Satz 4 PBefG nur abgewichen werden, wenn im Nahverkehrsplan Ausnahmen konkret benannt und begründet werden. Darüber hinaus bestimmt § 62 Abs. 2 PBefG, dass die Länder – soweit dies nachweislich aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unumgänglich ist – den in § 8 Abs. 3 Satz 3 PBefG genannten Zeitpunkt abweichend vom 01. Januar 2022 festlegen, sowie Ausnahmetatbestände bestimmen können, die eine Einschränkung der Barrierefreiheit rechtfertigen.

Erweitert wurde der Kreis der bei der Aufstellung des Nahverkehrsplans anzuhörenden Personengruppen. Eine Anhörung war bislang nur von Behindertenbeauftragten und Behindertenbeiräten des ÖPNV-Aufgabenträgers erforderlich. Bei der Aufstellung eines Nahverkehrsplans nach dem novellierten PBefG sind gemäß § 8 Abs. 3 Satz 6 zusätzlich auch die Verbände der in ihrer Mobilität oder sensorisch eingeschränkten Fahrgäste und die Fahrgastverbände anzuhören. Deren jeweilige Interessen sind angemessen und diskriminierungsfrei nach § 8 Abs. 3 Satz 7 PBefG zu berücksichtigen.

Ergänzt werden die Regelungen zur Barrierefreiheit im ÖPNV um Vorschriften zum nunmehr liberalisierten Personenfernverkehr. Auch der Personenfernverkehr hat den Belangen behinderter Menschen Rechnung zu tragen. Dies ergibt sich aus § 42b PBefG, wonach Kraftomnibusse, die im Personenfernverkehr eingesetzt werden, bestimmte technische Anforderungen zu erfüllen haben und mit mindestens zwei Stellplätzen für Rollstuhlfahrer ausgerüstet sein müssen. Dies gilt gemäß § 62 Abs. 3 PBefG ab dem 01. Januar 2016 für erstmals zum Verkehr zu-

gelassene Kraftomnibusse und nach Ablauf des 31. Dezember 2019 für alle Kraftomnibusse.

Für die ÖPNV-Aufgabenträger ergibt sich durch die gesetzliche Zielvorgabe der vollständigen Barrierefreiheit ein erhöhter Planungs-, Abstimmungs- und Finanzierungsbedarf. Nach § 8 Abs. 3 Satz 5 PBefG sind die erforderlichen Maßnahmen im Nahverkehrsplan zu benennen. Neben Modifikationen an Haltestellen und anderen Infrastruktureinrichtungen (etwa Höhe der Bordsteinkanten, Lifte, akustische Fahrgastinformationen, etc.) können auch Anpassungen der eingesetzten Fahrzeuge an die besonderen Bedürfnissen von in ihrer Mobilität oder sensorisch eingeschränkten Menschen in Betracht kommen. Bei zahlreichen ÖPNV-Aufgabenträgern sind unter der alten Rechtslage, die nur eine möglichst weitreichende Barrierefreiheit vorsah, die mit eher geringen technischen oder finanziellen Aufwendungen umzusetzenden Maßnahmen entweder bereits schon realisiert oder zumindest planerisch eingeleitet worden. Um die vom Gesetzgeber nunmehr geforderte vollständige Barrierefreiheit bis zum 01. Januar 2022 zu erreichen, wird es erforderlich sein, zukünftig auch schwieriger zu realisierende Vorhaben anzugehen, die ein überproportional hohes Investitionsvolumen benötigen.

Mag der Zielzeitpunkt des 01. Januars 2022 auch noch in weiter Ferne liegen, ist eine vorausschauende Planung der ÖPNV-Aufgabenträger mit einer sinnvollen Aufteilung der Maßnahmen auf die folgenden Jahre gemäß § 8 Abs. 3 Satz 5 PBefG unerlässlich. Abweichungen in zeitlicher Hinsicht vom Ziel der vollständigen Barrierefreiheit bis zum 01. Januar 2022 sind nach § 8 Abs. 3 Satz 4 PBefG für den ÖPNV-Aufgabenträger möglich. Sie eröffnen mehr Flexibilität. Allerdings stellen sie eine Ausnahme von dem Grundsatz, den der Gesetzgeber vorgegeben hat, dar und sind deshalb gründlich zu prüfen sowie im Nahverkehrsplan durch den ÖPNV-Aufgabenträger konkret zu benennen und zu begründen.

## Fernbus

### > Fernbuslinienverkehr

#### Rödl & Partner

Die Liberalisierung des Personenfernverkehrs stellt den Teil der PBefG-Novelle 2013 dar, der in der Öffentlichkeit den größten Widerhall gefunden hat. Binnen relativ kurzer Zeit sind zahlreiche neue Verbindungen von verschiedenen Unternehmen eingerichtet worden. Die Akzeptanz der innerdeutschen Busfernverkehre bei den Fahrgästen bleibt abzuwarten. Zudem wird die verstärkte Einrichtung von Fernbuslinien in zunehmendem Maße entsprechende Infrastrukturen in Form von zentralen Fernbusbahnhöfen für die Reisenden erfordern.

Busfernverkehre hatten für den deutschen Verkehrsmarkt viele Jahrzehnte so gut wie keine Bedeutung. Öffentlicher Personenfernverkehr zu Land wurde fast ausschließlich durch die Eisenbahn erbracht. Sie war vor der Konkurrenz durch den Fernbus geschützt. Mit der Novellierung des PBefG zum 01. Januar 2013 wurde der innerdeutsche Busfernverkehr weitgehend liberalisiert. Für die Erteilung einer Personenfernverkehrsgenehmigung ist es nunmehr unerheblich, ob schon vorhandene Unternehmen oder Eisenbahnen den beantragten Verkehr bereits wahrnehmen. Der Konkurrenzschutz zugunsten der Eisenbahn ist damit entfallen. Auf einer Fernverkehrslinie kann es auch zu Konkurrenz zwischen verschiedenen Busunternehmen kommen. Parallelbedienungen sind möglich, weil die Genehmigung im Personenfernverkehr dem Unternehmer während ihrer Laufzeit weder ein Abwehrrecht gegen neu hinzutretende konkurrierende Verkehre noch eine Monopolstellung verleiht (§ 13 Abs. 2 Satz 2 PBefG).

Die neu eingefügte Vorschrift des § 42a PBefG beinhaltet in Satz 1 eine Legaldefinition des Begriffs Personenfernverkehr. Sie fordert drei Voraussetzungen, die alle kumulativ erfüllt sein müssen. Zunächst muss es sich um Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen handeln. Linienverkehr wird in § 42 Satz 1 PBefG definiert als eine zwischen bestimmten Ausgangs- und Endpunkten eingerichtete regelmäßige Verkehrsverbindung, auf der Fahrgäste an bestimmten Haltestellen ein- und aussteigen können. Weiter wird gefordert, dass kein ÖPNV nach § 8 Abs. 1 PBefG vorliegt. In der Mehrzahl der Beförderungsfälle muss die gesamte Reiseweite somit 50 Kilometer oder die gesamte Reisezeit eine Stunde übersteigen. Als dritte Voraussetzung verlangt § 42a Satz 1 PBefG, dass keine Sonderformen des Linienverkehrs nach § 43 PBefG (Berufsverkehre, Schülerfahrten, Marktfahrten oder Fahrten von Theaterbesuchern) gegeben sind.

Der Gesetzgeber wollte Kannibalisierungseffekte zwischen dem neuen Personenfernverkehr und dem ÖPNV verhindern. Den meist mit öffentlichen Mitteln geförderten Linien im ÖPNV sollen keine Fahrgäste durch den Fernverkehr entzogen werden, was deren Ertragskraft sinken und den Zuschussbedarf steigen lassen würde. Dies ist durch die Einführung von zwei Unterwegsbedienungsverboten in § 42a Satz 2 PBefG geschehen. Von den beiden Unterwegsbedienungsverboten sind für zwei in

§ 42a Satz 3 PBefG normierte Fallgruppen Ausnahmen möglich. Diese Ausnahmen werden nicht von Amts wegen gewährt, sondern erfordern jeweils einen Antrag im Genehmigungsverfahren und können nur einzelne Teilstrecken einer Fernverkehrslinie betreffen.

Zwar gilt wie bei allen Linienverkehren auch im Fernverkehr die Betriebspflicht nach § 21 Abs. 1 PBefG. Der Unternehmer ist damit verpflichtet, den ihm genehmigten Betrieb aufzunehmen und während der Geltungsdauer der Genehmigung den öffentlichen Verkehrsinteressen und dem Stand der Technik entsprechend aufrechtzuerhalten. Für den Entfall der Betriebspflicht ist im Personenfernverkehr jedoch keine gesonderte Entbindung durch die Genehmigungsbehörde erforderlich, die zuvor einen entsprechenden Antrag des Unternehmers voraussetzt. Vielmehr reicht eine bloße Anzeige des Unternehmers bei der Genehmigungsbehörde aus, den Verkehr einstellen zu wollen. Drei Monate nach Eingang dieser Anzeige erlischt die Betriebspflicht des Unternehmers im Personenfernverkehr von Gesetzes wegen (§ 21 Abs. 5 PBefG).

Eine Tarifpflicht existiert gemäß § 45 Abs. 2 Nr. 1 PBefG für Personenfernverkehre nicht. Weder die Beförderungsentgelte noch deren Änderungen bedürfen der Zustimmung der Genehmigungsbehörde. Wegen des nunmehr möglichen und zulässigen Wettbewerbs verschiedener Fernverkehrsunternehmen auf einer Linie gibt es keinen Grund mehr, die Fahrpreise auf ihre Angemessenheit zu überprüfen.

Bei der Fahrplanpflicht sieht der Gesetzgeber Erleichterungen für Personenfernverkehre vor (§ 45 Abs. 2 Nr. 2 PBefG). Während Fahrpläne und deren Änderungen nach § 40 Abs. 2 Satz 1 PBefG im Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen grundsätzlich der Zustimmung der Genehmigungsbehörde bedürfen, genügt im Fernverkehr für Fahrplanänderungen eine bloße Anzeige.

Auch im Fernverkehr ist der Unternehmer nach § 22 PBefG zur Beförderung verpflichtet, wenn die Beförderungsbedingungen eingehalten werden, die Beförderung mit den regelmäßig eingesetzten Beförderungsmitteln möglich ist und die Beförderung nicht durch Umstände verhindert wird, die der Unternehmer nicht abwenden und denen er auch nicht abhelfen kann.

## Verbünde

### > Multimodale Verkehre als Herausforderung für die etablierten ÖV-Akteure

#### Rödl & Partner

Die Zukunft der urbanen Mobilität wird multimodal sein. In Städten wie Hamburg, Berlin, Düsseldorf, Stuttgart und Hannover treiben private Fahrzeughersteller seit Jahren die Einführung multimodaler Verkehrsangebote voran. Die etablierten ÖPNV-Akteure waren und sind hierbei häufig nur Zaungäste dieser Entwicklung. Trotz des großen politischen Interesses und der eindeutigen Präferenz der Kunden für eine verkehrsmittelübergreifende Mobilität haben die Verkehrsverbünde und Verkehrsunternehmen bislang nur sehr zaghafte eigene Ideen und Ansätze hierzu verfolgt. Wenn der ÖPNV auch weiterhin das Rückgrat der Mobilität sein soll, müssen die etablierten Akteure zukünftig die Anforderungen definieren und damit den Rahmen für eine multimodale Mobilität vorgeben. Hierbei sind auch nach der Novellierung des PBefG noch einige Klippen zu umschiffen.

Die bisherige Zurückhaltung der etablierten Akteure mag in der Vielzahl rechtlicher Anforderungen eine Ursache haben.

Unsicherheiten bestehen bereits bei der rechtlichen Zuordnung flexibler Verleihsysteme zum öffentlichen oder privaten Verkehr – und dies möglicherweise mit weitreichenden Konsequenzen: So unterfällt der Betrieb des Carsharings zwar nicht der Genehmigungspflicht nach dem Personenbeförderungsgesetz (PBefG). Aus der Anwendung von Beförderungsentgelten und -bedingungen für das flexible Verleihangebot werden aber Änderungen an den genehmigten Beförderungsentgelten und -bedingungen erforderlich, die wiederum nach den Regelungen des PBefG zustimmungspflichtig sind.

Die Einbeziehung solcher flexibler Verkehrsangebote in die ÖP-

NV-Tarif- und Vertriebskooperationen unterliegt grundsätzlich den kartellrechtlichen Vorgaben des § 1 GWB (Kartellverbot) und §§ 35f. GWB (Fusionskontrolle). Diese können zu Auswirkungen auf den Passagiermärkten mit anderen, etablierten Carsharings und zum Ausschluss weiterer Carsharing-ähnlicher Angebote führen. Exklusive Vereinbarungen könnten zudem als Behinderungs-, Preishöhen- und Konditionsmissbräuche bewertet werden, von denen Verkehrsverbünde als „positive Kartelle“ des öffentlichen Verkehrs (bislang) freigestellt waren. Im Falle einer Verletzung des Kartellverbotes oder einer übersehenden vorherigen Fusionskontrollanmeldung droht die Unwirksamkeit der Verträge gem. § 134 BGB, § 41 Abs. 1 S. 2 GWB sowie die Verhängung empfindlicher Geldbußen gem. § 81 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB.

#### Siehe zum Thema:



Niemann/Koch, Multimodale Verkehrsangebote im Personenverkehr, **Der Nahverkehr 4/2012**, S. 44 – 47.

### > Anspruch der Unternehmen auf Erlass von allgemeinen Vorschriften

#### Rödl & Partner

Derzeit wird kontrovers diskutiert, ob sich aus dem Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit ein Anspruch der Unternehmen gegen die Aufgabenträger richtet, vorrangig allgemeine Vorschriften zu erlassen, bevor die Möglichkeit zum Abschluss von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen eröffnet ist.

Ein Gutachten, das der BDO in Auftrag gegeben hat, kommt zu dem Ergebnis, dass in Verbänden die Aufgabenträger wegen des Vorrangs eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen (§ 8 Absatz 4 Satz 1 PBefG) immer verpflichtet sind, allgemeine Vorschriften zu erlassen. Anderenfalls müsste ein eigenwirtschaftlicher Antrag genehmigt werden, auch wenn der Unternehmer anstelle des Verbundtarifs einen „Haustarif“ anwenden will. Die Auffassung stützt sich auf § 13 Absatz 2a Satz 5 PBefG. Danach

solle ein Ausgleich nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 rechtlich nur wirksam sein, wenn die Eigenwirtschaftlichkeit nicht gefährdet werde. Dies sei eben nur mit einer allgemeinen Vorschrift möglich.

Dieser Interpretation ist der BLFA Straßenpersonenverkehr in seinen „Hinweise zur Anwendung des Personenbeförderungsgesetzes“ vom Dezember 2013 entgegengetreten: „Hätte der

nationale Gesetzgeber diese Konsequenz gewollt, so wäre es naheliegend gewesen, in § 13 Absatz 2a Satz 5 PBefG von einem Ausgleich auf der Grundlage einer allgemeinen Vorschrift zu sprechen. Dies ist aber bewusst nicht geschehen. Mit dem Hinweis in § 13 Absatz 2a Satz 5 PBefG sollte nur verdeutlicht werden, dass die Anwendung verbundener Beförderungstarife nicht ohne Ausgleichspflicht verlangt werden kann.“

Hierfür spricht auch die Beschlussempfehlung und der Bericht des Deutschen Bundestages (BT-Drucksache 17/10857): „Hinsichtlich der Anwendung verbundener Beförderungstarife und -bedingungen wird vorausgesetzt, dass die zuständige Behörde Ausgleichszahlungen in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder auf der Grundlage von allgemeinen Vorschriften nach

Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vorsieht. Diese Regelung ersetzt die bisherige Regelung von § 39 Absatz 2 Satz 2 PBefG, einen Ausgleich für die Versagung eines an sich genehmigungsfähigen Tarifs zu gewähren, wenn dies aus Gründen des öffentlichen Verkehrsinteresses oder des Gemeinwohls geboten war.“

Der BLFA kommt daher zu dem Ergebnis, „dass die Regelung in § 13 Absatz 2a Satz 5 PBefG den Aufgabenträger nicht hindert, Verkehrsleistungen in Verbänden durch einen Dienstleistungsauftrag zu vergeben. Eine andere Interpretation des Gesetzes verbietet sich auch aus europarechtlichen Gründen, weil sie die Wahlfreiheit des Aufgabenträgers beeinträchtigen würde.“

## Die Autoren

### > Extern



**Andreas Wille**

Referent, Ministerium für Bauen, Wohnen, Stadtentwicklung und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen



**Rainer Peters**

Ministerialrat Landesnahverkehrsgesellschaft Niedersachsen mbH (LNVG)



**Anja Ludwig**

Leiterin Recht Bundesverband Deutscher Omnibusunternehmen (BDO)

### > Rödl & Partner, Ansprechpartner



**Jörg Niemann**

**E-Mail:**  
joerg.niemann@roedl.com



**Dr. Benjamin Linke LL.M.**

**E-Mail:**  
benjamin.linke@roedl.com



**Isa Alexandra Matz**

**E-Mail:**  
isa-alexandra.matz@roedl.com



**Holger Schröder**

**E-Mail:**  
holger.schroeder@roedl.com



**Dr. Julia Lehmann**

**E-Mail:**  
julia.lehmann@roedl.com



**Julia Müller**

**E-Mail:**  
julia.mueller@roedl.de



**Dr. Heiko Schuh**

**E-Mail:**  
heiko.schuh@roedl.com



**Martin Akkermann**

**E-Mail:**  
martin.akkermann@roedl.com



**Prof. Dr. Andreas Saxinger**

**E-Mail:**  
andreas.saxinger@roedl.com

## Rödl & Partner intern

### > Werkstattgespräch zum ÖPNV

Die PBefG-Novelle begründet einen Paradigmenwechsel von eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren. Waren bislang 90 Prozent der Verkehre eigenwirtschaftlich genehmigt, wird sich das Verhältnis nun umkehren. Mit weitreichenden Folgen für die Akteure.

Im Rahmen unserer Veranstaltung möchten wir Ihnen die Möglichkeit geben, sich in überschaubarem Zeitaufwand über praxisrelevante Fragen im Verkehrssektor zu informieren. Prägnant und auf den Punkt gebracht zeigen wir in Impulsvorträgen Lösungsansätze auf. Viel Raum für Diskussion und Erfahrungsaustausch im Teilnehmerkreis und anschließende Einzelgespräche in persönlicher Atmosphäre bilden den Rahmen dieser Veranstaltungsreihe.

#### Kontakt für weitere Informationen:



#### Peggy Kretschmer

B.Sc. Wirtschaftswissenschaften

Tel.: +49 (9 11) 91 93-35 02

E-Mail: [peggy.kretschmer@roedl.com](mailto:peggy.kretschmer@roedl.com)

#### Veranstaltungstermine und -orte

**Termin** 26. März 2014 in Köln

**Ort** Rödl & Partner  
Kranhaus 1, Im Zollhafen 18 | 50678 Köln

**Termin** 01. April 2014 in Nürnberg

**Ort** Rödl & Partner  
Äußere Sulzbacher Str. 100 | 90491 Nürnberg

**Termin** 02. April 2014 in Stuttgart

**Ort** Rödl & Partner  
Industriestraße 3 | 70565 Stuttgart

**Termin** 03. April 2014 in Berlin

**Ort** Rödl & Partner  
Straße des 17. Juni 106 | 10623 Berlin

**Uhrzeit** 9:00 – 13:00 Uhr

#### Perspektiven verbessern

*„Wir begreifen neue Herausforderungen als eine große Chance, besser zu werden. Lebenslanges Lernen ist wichtiger Teil unseres Leistungskonzepts.“*

*Rödl & Partner*

*„Nur wer sich auf Neues einlässt, kann sich weiterentwickeln. Deswegen nehmen wir Herausforderungen an, wo immer sie sich uns auch stellen.“*

*Castellers de Barcelona*



„Jeder Einzelne zählt“ – bei den Castellers und bei uns.

Menschentürme symbolisieren in einzigartiger Weise die Unternehmenskultur von Rödl & Partner. Sie verkörpern unsere Philosophie von Zusammenhalt, Gleichgewicht, Mut und Mannschaftsgeist. Sie veranschaulichen das Wachstum aus eigener Kraft, das Rödl & Partner zu dem gemacht hat, was es heute ist.

„Força, Equilibri, Valor i Seny“ (Kraft, Balance, Mut und Verstand) ist der katalanische Wahlspruch aller Castellers und beschreibt deren Grundwerte sehr pointiert. Das gefällt uns und entspricht unserer Mentalität. Deshalb ist Rödl & Partner eine Kooperation mit Repräsentanten dieser langen Tradition der Menschentürme, den Castellers de Barcelona, im Mai 2011 eingegangen. Der Verein aus Barcelona verkörpert neben vielen anderen dieses immaterielle Kulturerbe.

#### Impressum Verkehr im Wandel

Herausgeber:

**Rödl & Partner GbR**

Äußere Sulzbacher Str. 100 | 90491 Nürnberg

Tel.: +49 (9 11) 91 93-35 03 | [pmc@roedl.de](mailto:pmc@roedl.de)

Verantwortlich

für den Inhalt:

**Martin Wambach** – [martin.wambach@roedl.com](mailto:martin.wambach@roedl.com)

Kranhaus 1, Im Zollhafen 18 | 50678 Köln

**Jörg Niemann** – [joerg.niemann@roedl.com](mailto:joerg.niemann@roedl.com)

Äußere Sulzbacher Str. 100 | 90491 Nürnberg

Layout/Satz:

**Stefanie Fugmann** – [stefanie.fugmann@roedl.com](mailto:stefanie.fugmann@roedl.com)

Äußere Sulzbacher Str. 100 | 90491 Nürnberg

Dieser Newsletter ist ein unverbindliches Informationsangebot und dient allgemeinen Informationszwecken. Es handelt sich dabei weder um eine rechtliche, steuerrechtliche oder betriebswirtschaftliche Beratung, noch kann es eine individuelle Beratung ersetzen. Bei der Erstellung des Newsletters und der darin enthaltenen Informationen ist Rödl & Partner stets um größtmögliche Sorgfalt bemüht, jedoch haftet Rödl & Partner nicht für die Richtigkeit, Aktualität und Vollständigkeit der Informationen. Die enthaltenen Informationen sind nicht auf einen speziellen Sachverhalt einer Einzelperson oder einer juristischen Person bezogen, daher sollte im konkreten Einzelfall stets fachlicher Rat eingeholt werden. Rödl & Partner übernimmt keine Verantwortung für Entscheidungen, die der Leser aufgrund dieses Newsletters trifft. Unsere Ansprechpartner stehen gerne für Sie zur Verfügung.

Der gesamte Inhalt der Newsletter und der fachlichen Informationen im Internet ist geistiges Eigentum von Rödl & Partner und steht unter Urheberrechtsschutz. Nutzer dürfen den Inhalt der Newsletter und der fachlichen Informationen im Internet nur für den eigenen Bedarf laden, ausdrucken oder kopieren. Jegliche Veränderungen, Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe des Inhalts oder von Teilen hiervon, egal ob on- oder offline, bedürfen der vorherigen schriftlichen Genehmigung von Rödl & Partner.