



# BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

BVerwG 3 C 1.09  
VGH 2 UE 1481/07

Verkündet  
am 29. Oktober 2009  
Jesert  
Justizobersekretärin  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

der B  
vertreten durch die B Verwaltungs GmbH,  
diese vertreten durch die Geschäftsführer,

Klägerin, Berufungsklägerin  
und Revisionsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte Roling & Partner,  
Schloßstraße 20A, 49074 Osnabrück -

g e g e n

das Land H  
vertreten durch das Regierungspräsidium

Beklagten, Berufungsbeklagten  
und Revisionsbeklagten,

Beigeladene:

1. Verkehrsbetrieb  
vertreten durch die Geschäftsführer,
2. Zweckverband  
vertreten durch die Geschäftsführer,

zu 1 und 2 Revisionskläger,

- Prozessbevollmächtigte zu 1:

- Prozessbevollmächtigte zu 2:

Beteiligter:

Der Vertreter des Bundesinteresses beim  
Bundesverwaltungsgericht,  
Alt-Moabit 101 D, 10559 Berlin,

hat der 3. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 29. Oktober 2009  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Kley und  
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Liebler, Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert,  
Buchheister und Dr. Wysk

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Beigeladenen gegen das Urteil des  
Hessischen Verwaltunggerichtshofs vom 18. November  
2008 werden zurückgewiesen.

Die Beigeladenen tragen die Kosten des Revisionsverfah-  
rens jeweils zur Hälfte mit Ausnahme der außergerichtli-  
chen Kosten des Beklagten, der diese selbst trägt.

Gründe:

I

- 1 Das klagende Busunternehmen begehrt die Aufhebung der der Beigeladenen zu 1 erteilten Genehmigung für die Einrichtung und den Betrieb eines gemeinwirtschaftlichen Linienverkehrs und beansprucht die Genehmigung eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs auf diesen Strecken für sich selbst.
- 2 Der Beigeladene zu 2 schrieb als Aufgabenträger europaweit unter anderem die Verkehrsbedienung im Linienbündel E.../H... aus, das aus den Linien 410... 411... 412... 413... 414... 415... 416... 417... 418... 419... und 420... besteht. An der Ausschreibung beteiligten sich auch die Beigeladene zu 1 und die Klägerin, die die Linie 420 bislang bedient hatte. Die Klägerin verfügte außerdem über eine bis zum 31. Mai 2009 befristete Genehmigung für die Durchführung von Gelegenheitsverkehren (Ausflugsfahrten, Mietomnibusverkehr und Fernreisen).
- 3 Am 21. Juli 2005 wurden die unterlegenen Bieter, darunter die Klägerin, darüber informiert, dass beabsichtigt sei, der Beigeladenen zu 1 den Zuschlag zu erteilen. Daraufhin beantragte die Klägerin beim Beklagten, ihr gemäß § 13 i.V.m. § 9 Abs. 1 Nr. 3 des Personenbeförderungsgesetzes - PBefG - einen eigenwirtschaftlichen Linienverkehr im Linienbündel E... zu genehmigen.
- 4 Die Beigeladene zu 1 erhielt im August 2005 den Zuschlag für das Linienbündel und schloss mit dem Beigeladenen zu 2 am 18. August 2005 hierzu einen „Verkehrs-Service-Vertrag“.
- 5 Auf ihren Antrag hin genehmigte der Beklagte mit Bescheid vom 9. Dezember 2005 der Beigeladenen zu 1 einen gemeinwirtschaftlichen Verkehr befristet bis zum 15. Dezember 2013 sowie die Übertragung der Betriebsführung auf einen anderen; zugleich lehnte er den Genehmigungsantrag der Klägerin ab. Zur Begründung heißt es: Die Klägerin könne keine Genehmigung für einen eigenwirt-

schaftlichen Verkehr nach § 13 PBefG erhalten, da sie den Verkehr nur bei Inanspruchnahme öffentlicher Zuschüsse, nämlich des Ausgleichs für gemeinwirtschaftliche Leistungen im Ausbildungsverkehr nach § 45a PBefG und der Erstattung von Fahrgeldausfällen für die Beförderung Schwerbehinderter nach §§ 145, 148 SGB IX, kostendeckend betreiben könne. Der beantragte Verkehr sei daher als gemeinwirtschaftlich einzustufen und der Vorrang einer eigenwirtschaftlichen Verkehrsbedienung gelte nicht. Dagegen seien die Voraussetzungen für die Genehmigung eines gemeinwirtschaftlichen Verkehrs zugunsten der Beigeladenen zu 1 erfüllt, nachdem sie das Angebot mit den geringsten Kosten abgegeben habe.

- 6 Die hiergegen erhobene Klage hat das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 12. Juni 2007 abgewiesen. Zwar sei die Anwendung von § 13 PBefG nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Klägerin Zuschüsse nach § 45a PBefG und §§ 145, 148 SGB IX in Anspruch nehme. Doch könne sie sich nicht auf die Teilbereichsausnahme nach § 8 Abs. 4 PBefG berufen, da ihre Tätigkeit nicht auf den Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr beschränkt sei. Nur unter dieser Voraussetzung könnten die Mitgliedstaaten aber nach Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 die Anwendung dieser Verordnung beschränken; § 8 Abs. 4 und § 13 PBefG seien dementsprechend einschränkend auszulegen. Ebenso wenig sei der Beklagte unter dem Gesichtspunkt des besseren Angebotes gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG gehindert gewesen, der Beigeladenen zu 1 die Linienverkehrsgenehmigung zu erteilen, denn sie habe im Ausschreibungsverfahren als günstigste Anbieterin den Zuschlag erhalten.
- 7 Der Hessische Verwaltungsgerichtshof hat auf die Berufung der Klägerin die erstinstanzliche Entscheidung mit Urteil vom 18. November 2008 geändert, den angegriffenen Bescheid aufgehoben und den Beklagten zur Neubescheidung verpflichtet. Zur Begründung wird ausgeführt: Die der Beigeladenen zu 1 auf der Grundlage von § 13a PBefG erteilte gemeinwirtschaftliche Genehmigung sei rechtswidrig. Eine solche Genehmigung dürfe nicht erteilt werden, wenn eine ausreichende Verkehrsbedienung durch eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen möglich sei. Die Klägerin könne sich auf diesen Vorrang berufen; es schade nicht, dass sie auch private Gelegenheitsverkehre im Fernverkehr

durchführe. Ihr Antrag sei zu berücksichtigen gewesen, obgleich sie ihn erst gestellt habe, nachdem der Aufgabenträger bereits die Initiative zur Ausschreibung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen ergriffen und der Beigeladenen zu 1 den Zuschlag erteilt habe. Der Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen nach § 8 Abs. 4 PBefG könne nicht durch eine Initiative des Aufgabenträgers zur Vergabe gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen ausgeschlossen werden, solange nicht feststehe, dass kein Antrag nach § 13 PBefG mehr gestellt werden könne, und damit der Vorrang des Initiativrechts des Verkehrsunternehmers entfalle. Diesen Zeitpunkt habe nicht der Aufgabenträger, sondern allein die Genehmigungsbehörde als Herrin des Genehmigungsverfahrens zu bestimmen. Sie müsse das Genehmigungsverfahren rechtssicher ausgestalten. Durch die öffentliche Bekanntgabe einer Frist könne sie das Stellen von Anträgen nach § 13 PBefG zeitlich beschränken. Ob der beantragte eigenwirtschaftliche Verkehr eine ausreichende Verkehrsbedienung sicherstellen könne, sei nicht vorrangig vom Gericht, sondern von der Genehmigungsbehörde zu beantworten, der dabei ein Beurteilungsspielraum zustehe. Eine solche Prüfung habe der Beklagte bislang aber nicht vorgenommen, da er - zu Unrecht - bereits die Eigenwirtschaftlichkeit der von der Klägerin angebotenen Verkehrsbedienung verneint habe. Deshalb habe er die Klägerin neu zu bescheiden.

- 8 Zur Begründung seiner Revision macht der Beigeladene zu 2 geltend: Der Beigeladenen zu 1 sei zu Recht eine Genehmigung nach § 13a PBefG erteilt worden. Der Antrag der Klägerin habe dies nicht ausgeschlossen, da sie sich nicht auf Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 berufen könne. Diese Regelung lasse nach ihrem eindeutigen Wortlaut Ausnahmen nur bei Unternehmen zu, die - anders als die Klägerin - ausschließlich im Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr tätig seien. Art. 1 Abs. 5 der Verordnung zeige ebenfalls, dass die von ihr durchgeführten Gelegenheitsfernverkehre nicht außer Betracht bleiben könnten. Zudem stehe die Durchführung des Vergabeverfahrens der Erteilung einer eigenwirtschaftlichen Genehmigung an die Klägerin entgegen. Sei - wie hier - nach Einleitung eines Vergabeverfahrens kein eigenwirtschaftlicher Antrag gestellt worden und in der Ausschreibung kein Angebot ohne Zuschussbedarf eingegangen, sei geklärt, dass eine ausreichende Verkehrsbedienung auf eigenwirtschaftlicher Basis nicht möglich sei. Die Auffas-

sung des Berufungsgerichts, eigenwirtschaftliche Anträge gingen stets vor, solange die Genehmigungsbehörde keine Abgabefrist gesetzt habe, finde weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung eine Stütze. Die Genehmigungsvoraussetzungen für gemeinwirtschaftliche Anträge seien abschließend in § 13a PBefG enthalten, auf § 8 Abs. 4 PBefG werde dort nicht verwiesen. Daher dürfe ein solcher Genehmigungsantrag nicht unter Berufung auf die Vorrangregelung in § 8 Abs. 4 PBefG abgelehnt werden. Stattdessen komme es darauf an, ob der Aufgabenträger zu Recht die Initiative ergriffen und ein Bestellverfahren eingeleitet habe. Er habe zu prognostizieren, ob eine ausreichende Verkehrsbedienung in eigenwirtschaftlichem Betrieb möglich sei. Verneine er diese Frage nach fehlerfreier Prognose, könne ihm sein Initiativrecht, das Ausfluss des Rechts auf kommunale Selbstverwaltung sei, nicht nachträglich wieder durch einen eigenwirtschaftlichen Antrag entzogen werden. Die Bewerber um eine eigenwirtschaftliche Genehmigung hätten bei vorab bekannt gegebenen Bewerbungsfristen und einer europaweiten Ausschreibung - wie hier - hinreichend Zeit zu überlegen, ob sie einen Antrag nach § 13 PBefG stellen wollten. Müsse der Aufgabenträger alle potenziellen Interessenten abwarten, könne er im Extremfall nie initiativ werden. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts stehe dieses Prognoserecht nicht der Genehmigungsbehörde zu; sie sei zwar Herrin des Genehmigungsverfahrens, nicht aber der Initiativen.

- 9 Die Beigeladene zu 1 hat ebenfalls Revision eingelegt und führt zur Begründung im Wesentlichen aus: Die ihr nach § 13a PBefG erteilte Genehmigung sei rechtmäßig. § 13a PBefG sehe eine gebundene Entscheidung vor und kenne den vom Berufungsgericht angenommenen Versagungsgrund nicht. Das Initiativrecht des Unternehmers nach § 13 PBefG greife nicht mehr, sobald der Aufgabenträger eine wirksame Vereinbarung getroffen oder entsprechende Verkehrspflichten auferlegt habe. Das Verhalten der Klägerin, die zunächst keinen Antrag nach § 13 PBefG gestellt und sich an der Ausschreibung beteiligt habe, verstoße gegen Treu und Glauben. Wegen ihrer Beteiligung am Ausschreibungsverfahren habe der Beigeladene zu 2 als Aufgabenträger darauf vertrauen dürfen, dass sie keinen eigenwirtschaftlichen Antrag mehr stellen werde. Die Klägerin habe ihr Initiativrecht damit verwirkt.

- 10 Der Beklagte, der selbst keine Revision eingelegt hat, vertritt nicht mehr die Auffassung, dass jeder öffentliche Zuschuss zur Ausschreibungspflicht führe. Die Verwaltungspraxis sei durch den Erlass des Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung vom 27. Juli 2007 (sog. Güttler-III-Erlass) geändert worden. Vorgesehen sei nun eine klare Fristenregelung, die ausschließen solle, dass noch kurz vor der Erteilung des Zuschlags in einem Ausschreibungsverfahren ein eigenwirtschaftlicher Antrag eingehe. Angebote im Reise- und Gelegenheitsverkehr sowie verkehrsfremde Tätigkeiten stünden einer Genehmigung nach § 13 PBefG nicht entgegen.
  
- 11 Die Klägerin verteidigt das angegriffene Urteil. Entgegen der Annahme der Beigeladenen und des Berufungsgerichts fielen eigenwirtschaftliche Verkehre nicht unter die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69. Jedenfalls könne sie - die Klägerin - sich auf die Teilbereichsausnahme des § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG berufen. Hierfür sei es unschädlich, dass sie auch Gelegenheitsverkehre durchführe, denn diese seien nicht mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verbunden. Sie habe ihren Antrag auch nicht verspätet gestellt. Das Personenbeförderungsgesetz ziehe die zeitliche Grenze für einen solchen Antrag erst mit dem Parallelbedienungsverbot des § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG, also erst dann, wenn einem Konkurrenten bereits bestandskräftig eine Genehmigung erteilt worden sei. Allenfalls könne die Genehmigungsbehörde als Herrin des Verfahrens Fristen setzen, was hier aber nicht geschehen sei. Dagegen sei das Vergaberecht für die Frage, ob ein eigenwirtschaftlicher Antrag rechtzeitig gestellt worden sei, nicht maßgeblich; insbesondere sei eine Vergabebekanntmachung kein Ausschlussgrund.
  
- 12 Der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht trägt vor: Das Berufungsgericht habe die in Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 eröffnete Ausnahmemöglichkeit zu Recht nicht nur unternehmens-, sondern auch tätigkeitsbezogen ausgelegt. Dagegen könne seiner Auffassung in der Frage des Konkurrenzverhältnisses von eigen- und gemeinwirtschaftlichen Anträgen nicht gefolgt werden. Da der Aufgabenträger für ein ausreichendes Verkehrsangebot zu sorgen habe, müsse auch primär er darüber entscheiden, ob er zur Erfüllung seines Gewährleistungsauftrags tätig

werden wolle. Dabei habe er einen Prognosespielraum. Die Genehmigungsbehörde sei bei einem gemeinwirtschaftlichen Antrag auf die Prüfung der in § 13a PBefG aufgeführten Voraussetzungen beschränkt. Eine vom Aufgabenträger bereits getroffene Auswahlentscheidung könne durch einen späteren eigenwirtschaftlichen Antrag nicht in Frage gestellt werden.

## II

- 13 Die Revisionen sind zulässig. Das gilt auch für die Revision des Beigeladenen zu 2, obwohl dieser selbst nicht Adressat der angefochtenen oder der erstrebten Genehmigung ist. Als Aufgabenträger hat er mit der Beigeladenen zu 1 die Erbringung der Verkehrsleistungen vereinbart, die Grundlage der dieser erteilten und vorliegend angefochtenen Genehmigung sind. Das sich hieraus begründende Interesse des Beigeladenen zu 2 am Ausgang des Rechtsstreits ist rechtlich geschützt. Der Beigeladene zu 2 ist ein kommunaler Zweckverband. Er nimmt mit der Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung eine öffentliche Aufgabe wahr, die zum Umkreis der pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben der sie tragenden Gemeinden und Kreise gehört und damit der Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG unterfällt.
- 14 Die Revisionen der Beigeladenen sind jedoch unbegründet. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht den Bescheid vom 9. Dezember 2005 aufgehoben und den Beklagten zur Neubescheidung des Genehmigungsantrags der Klägerin verpflichtet.
- 15 1. Die der Beigeladenen zu 1 auf der Grundlage von § 13a PBefG erteilte Genehmigung für die Einrichtung und den Betrieb eines gemeinwirtschaftlichen Linienverkehrs im streitigen Linienbündel ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten. Die Erteilung dieser Genehmigung verstößt gegen den Vorrang einer eigenwirtschaftlichen Verkehrsbedienung aus § 8 Abs. 4 Satz 1 und 3 PBefG.
- 16 a) Maßgeblich für die Beurteilung, ob die der Beigeladenen zu 1 erteilte Linienverkehrsgenehmigung rechtmäßig ist, ist die Sach- und Rechtslage zum Zeit-

punkt der letzten Verwaltungsentscheidung (Urteil vom 6. April 2000 - BVerwG 3 C 6.99 - Buchholz 310 § 42 Abs. 2 VwGO Nr. 4 S. 6). Zugrunde zu legen sind daher das Personenbeförderungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. August 1990 (BGBl I S. 1690), vor Erlass des Bescheides vom 9. Dezember 2005 zuletzt geändert durch das Siebte Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 7. Juli 2005 (BGBl I S. 1954), und die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs (ABl Nr. L 156 S. 1) in der Fassung der Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 des Rates vom 20. Juni 1991 (ABl Nr. L 169 S. 1), im Folgenden: Verordnung (EWG) Nr. 1191/69. Die Nachfolgeregelung, die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und 1107/70 des Rates (ABl Nr. L 315 S. 1), tritt nach ihrem Art. 12 erst am 3. Dezember 2009 in Kraft und ist hier daher noch nicht anwendbar.

- 17 b) Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung bei gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen ergeben sich aus § 13a PBefG i.V.m. den Vorschriften der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69.
- 18 Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Genehmigung einer auferlegten oder vereinbarten Verkehrsleistung nach § 13a PBefG rechtswidrig ist, wenn der Aufgabenträger den Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen missachtet hat. Dieser Vorrang ergibt sich aus § 8 Abs. 4 Satz 1 und 3 PBefG. Nach § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG sind Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr eigenwirtschaftlich zu erbringen. Eigenwirtschaftlich sind nach der in Satz 2 enthaltenen Legaldefinition Verkehrsleistungen, deren Aufwand gedeckt wird durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne. Gemäß § 8 Abs. 4 Satz 3 PBefG ist die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 in der je-

weils geltenden Fassung maßgebend, soweit eine ausreichende Verkehrsverbindung nicht entsprechend Satz 1 möglich ist.

- 19 Die Regelungen in § 8 Abs. 4, § 13 und § 13a PBefG enthalten eine gestufte Konstruktion für die Initiativen des Verkehrsunternehmers für eine eigenwirtschaftliche und des Aufgabenträgers für eine gemeinwirtschaftliche Verkehrsbedienung. Das dort vorgegebene Stufenverhältnis lässt, wie der Senat bereits entschieden hat, keinen Raum für Zweifel, welche Verkehrsleistungen der deutsche Gesetzgeber von der Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 freistellt und für welche er die Verordnung für anwendbar erklärt. Gegenüber den vom Europäischen Gerichtshof in seinem Altmark-Trans-Urteil vom 24. Juli 2003 - Rs. C-280/00 - (Slg. 2003, I-7747) im Hinblick auf ein vermeintliches Wahlrecht des Verkehrsunternehmers geäußerten Zweifeln, ob die im Personenbeförderungsgesetz getroffene Regelung den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit einer Teilbereichsausnahme genüge (a.a.O. Rn. 60 ff.), hat der Senat in seinem Urteil vom 19. Oktober 2006 - BVerwG 3 C 33.05 - (BVerwGE 127, 42 = Buchholz 442.01 § 13 PBefG Nr. 37) klargestellt, dass der Unternehmer ein solches Wahlrecht zwischen einer Genehmigung nach § 13 oder § 13a PBefG nicht hat. Sein Wahlrecht beschränkt sich auf die Entscheidung, ob er auf eigenes Risiko mit den ihm zur Verfügung stehenden Finanzmitteln einen Linienverkehr betreiben will oder nicht. Bejaht er die Frage, steht ihm der Genehmigungsweg des § 13 PBefG offen. Verneint er sie, so liegt das weitere Vorgehen in der Hand des Aufgabenträgers. Diesem ist dann die Prüfung eröffnet, ob eine eigenwirtschaftlich nicht zu erbringende Verkehrsleistung für eine ausreichende Verkehrsbedienung nötig ist, und darauf aufbauend die Möglichkeit, in dem verordnungsrechtlich vorgesehenen Verfahren für eine gemeinwirtschaftliche Erbringung der Verkehrsleistung zu sorgen. Bei der Genehmigung nach § 13 PBefG liegt mithin die Initiative beim Unternehmer, während im Falle des § 13a PBefG der Aufgabenträger initiativ werden muss (Urteil vom 19. Oktober 2006 a.a.O. Rn. 35 f.).
- 20 Diesen rechtlichen Anforderungen wird der Aufgabenträger, der eine von ihm für erforderlich gehaltene Verkehrsbedienung durch gemeinwirtschaftliche Ver-

kehrleistungen sicherstellen will, nur gerecht, wenn er vor seiner Initiative zu Recht im Wege einer Prognose zu dem Ergebnis kommen konnte, dass eine ausreichende Verkehrsbedienung durch eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen nicht möglich ist.

- 21 Eine solche Prognose bedarf allerdings einer gesicherten Grundlage. Sie besteht, wenn der Aufgabenträger vor der Einleitung des Ausschreibungswettbewerbs auf das Auslaufen einer bestehenden Linienverkehrsgenehmigung oder eine beabsichtigte Neueinrichtung einer Linie hinweist und dazu auffordert, innerhalb einer von ihm in Abstimmung mit der Genehmigungsbehörde festzulegenden Frist einen Antrag auf eigenwirtschaftliche Genehmigung zu stellen. Dies muss, um sowohl für die in Betracht kommenden Verkehrsunternehmen als auch für den Aufgabenträger und die Genehmigungsbehörde die erforderliche Rechtssicherheit herzustellen, mit dem klaren Hinweis verbunden sein, dass nach einem fruchtlosen Ablauf der Frist das Bestellverfahren nach der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 eingeleitet wird und dass erst später gestellte eigenwirtschaftliche Anträge die Initiative des Aufgabenträgers nicht mehr zu hindern vermögen. Die rechtliche Grundlage für eine solche Verfahrensgestaltung liegt in § 8 Abs. 4 Satz 3 PBefG. Wenn dort die Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 und damit die Einrichtung eines gemeinwirtschaftlichen Verkehrs an die Voraussetzung geknüpft wird, dass eine ausreichende Verkehrsbedienung durch eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen nicht möglich ist, setzt dies notwendigerweise eine dem materiellen Recht folgende Verfahrensstufung und damit auch die Berechtigung voraus, Ausschlussfristen für das Angebot solcher vorrangiger Verkehrsleistungen zu setzen.
- 22 Damit wird der Sache nach dem Ausschreibungswettbewerb eine Art von Genehmigungswettbewerb vorgeschaltet (vgl. Urteil vom 2. Juli 2003 - BVerwG 3 C 46.02 - BVerwGE 118, 270 <276> = Buchholz 11 Art. 12 GG Nr. 261 S. 20). Ein solches Vorgehen entspricht in seinen wesentlichen Zügen dem Verfahren, das in Hessen nach dem Erlass des dortigen Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung vom 27. Juli 2007 (sog. Güttler-III-Erlass) für die Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen nunmehr vorgesehen ist. Die Beteiligten haben in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend

bestätigt, dass diese Verfahrensweise praktikabel ist und bislang nicht zu Schwierigkeiten beim Ablauf der Genehmigungsverfahren geführt hat.

- 23 Genügt die Verfahrensgestaltung nicht den dargelegten Anforderungen, was die Genehmigungsbehörde im Rahmen ihrer Entscheidung über die Erteilung einer Genehmigung nach § 13a PBefG zu überprüfen hat, ist diese an der Erteilung einer gemeinwirtschaftlichen Linienverkehrsgenehmigung gehindert. Liegt demgegenüber eine den rechtlichen Anforderungen genügende Prognose des Aufgabenträgers vor, führt ein nachträglich noch eingehender eigenwirtschaftlicher Antrag eines Verkehrsunternehmers nicht dazu, dass das Initiativrecht wieder an den Verkehrsunternehmer zurückfällt und deshalb die Erteilung einer Genehmigung nach § 13a PBefG ausscheidet.
- 24 c) Die Klägerin kann den aus § 8 Abs. 4 Satz 1 und 3 PBefG folgenden Vorrang der eigenwirtschaftlichen Erbringung von Verkehrsleistungen in Anspruch nehmen. Sie hat einen Antrag nach § 13 PBefG gestellt, den der Beklagte hätte berücksichtigen müssen.
- 25 aa) Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Eigenwirtschaftlichkeit der von der Klägerin angebotenen Verkehrsbedienung und damit deren Vorrang nicht dadurch ausgeschlossen werden, dass sie Ausgleichsleistungen nach § 45a PBefG und §§ 145, 148 SGB IX in Anspruch nehmen will. In der Rechtsprechung des Senates ist geklärt, dass nach § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG dem Verkehrsunternehmer gewährte Zuschüsse, soweit sie in die Gewinn- und Verlustrechnung aufzunehmen sind, die Annahme von Eigenwirtschaftlichkeit nicht hindern (Urteil vom 19. Oktober 2006 a.a.O. Rn. 28 ff.; ebenso bereits Beschluss vom 6. April 2000 - BVerwG 3 C 7.99 - Buchholz 442.01 § 8 PBefG Nr. 1 S. 4 f.). Beim Ausgleich für Beförderungsleistungen im Ausbildungsverkehr nach § 45a PBefG und für die kostenlose Beförderung Schwerbehinderter nach §§ 145 und 148 SGB IX handelt es sich um gesetzliche Ausgleichs- und Erstattungsleistungen in diesem Sinne (ebenso VGH Mannheim, Urteil vom 31. März 2009 - 3 S 2455/06 - juris).

- 26 bb) Die Klägerin gehört auch zu den Unternehmen, die von den Mitgliedstaaten auf der Grundlage von Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 von deren Anwendung ausgenommen werden können. Die im erstinstanzlichen Urteil angeführte Begründung, weshalb der Antrag der Klägerin bei der Genehmigungserteilung an die Beigeladene zu 1 habe unberücksichtigt bleiben können, ist unzutreffend.
- 27 Nach Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 können die Mitgliedstaaten Unternehmen, deren Tätigkeit ausschließlich auf den Betrieb von Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdiensten beschränkt ist, vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausnehmen. Zwar führte die Klägerin zum maßgeblichen Zeitpunkt des Erlasses des Genehmigungsbescheides vom 9. Dezember 2005 auch Gelegenheitsfahrten im Fernverkehr durch. Das steht jedoch der Anwendbarkeit von Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 nicht entgegen. Es liegt - ohne dass es einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs bedarf - auf der Hand, dass sonstige Unternehmensaktivitäten, die von vornherein nicht geeignet sind, die Regelungsziele der Verordnung in Frage zu stellen, der Befugnis, eine Ausnahme von der Verordnung zu gewähren, nicht entgegenstehen. Die Verordnung zielt darauf ab, dass die bestehenden Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes grundsätzlich aufgehoben und nur unter bestimmten Voraussetzungen beibehalten, neu aufgelegt oder vereinbart werden. Verkehrsleistungen, die nicht mit einer Betriebspflicht, Beförderungspflicht oder Tarifpflicht im Sinne von Art. 2 der Verordnung verbunden sind und bei denen eine Neubegründung nicht in Betracht kommt, weil sie keine Verkehrsbedürfnisse der Allgemeinheit abdecken, sondern lediglich privat veranlasst sind (wie Gelegenheitsverkehr, Ausflugsverkehr etc.), fallen ebenso wie verkehrsfremde Tätigkeiten von vornherein nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung. Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 ist daher einschränkend dahin auszulegen, dass zusätzliche Unternehmenstätigkeiten, die nicht mit Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes im Sinne der Verordnung verbunden sind, unschädlich sind. Kein Hinderungsgrund für die Anwendung der im deutschen Recht geregelten Teilbereichsausnahme ist es danach, dass ein Unternehmen - wie hier die Klägerin - auch überregionalen Gelegenheitsverkehr anbietet.

- 28 Ein solches Verständnis der Befugnis aus Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 lässt sich indirekt auch dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 7. Mai 2009 - Rs. C-504/07 - (juris) entnehmen. Nach dessen Sachverhaltsangaben betrieben die dort beteiligten Unternehmen neben öffentlichem Personennahverkehr zusätzlich überörtliche Buslinien ohne Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes (a.a.O. Rn. 12). Gleichwohl hat der Europäische Gerichtshof in seinen Entscheidungsgründen zunächst festgestellt, dass Portugal von der Möglichkeit einer Bereichsausnahme keinen Gebrauch gemacht habe und „daher“ die Verordnung anzuwenden sei (a.a.O. Rn. 17). Hinderter Betrieb dieser zusätzlichen Buslinien aber ohnehin die Möglichkeit einer Bereichsausnahme nach Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69, wäre es nicht darauf angekommen, ob Portugal diese Möglichkeit genutzt hat. Auch im Hinblick auf dieses Urteil bedarf es keiner (weiteren) Vorlage an den Europäischen Gerichtshof.
- 29 Das vorgelagerte Argument der Klägerin, eigenwirtschaftlich betriebene Verkehrsdienste fielen von vornherein nicht unter die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 (weshalb es nicht darauf ankomme, ob sie die Voraussetzungen der Bereichsausnahme erfülle), ist hiernach obsolet, im Übrigen aber auch unzutreffend. Eigenwirtschaftlicher Betrieb im Sinne von § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG und gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Sinne der Verordnung schließen sich nicht aus. Ob ein eigenwirtschaftlicher Betrieb vorliegt, betrifft ausschließlich die nationale Definition nach § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG, die auf die Finanzierung des Aufwandes für die Verkehrsleistung abstellt. Mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen meint der Europäische Gerichtshof hingegen die mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen (EuGH, Urteil vom 7. Mai 2009 a.a.O. Rn. 18), also die Betriebspflicht, Beförderungspflicht und die Tarifpflicht. Diese Verpflichtungen treffen einen Verkehrsdienst unabhängig davon, ob er nach nationalrechtlichem Verständnis eigenwirtschaftlich oder gemeinwirtschaftlich betrieben wird. Davon ist auch der Senat in seiner bisherigen Rechtsprechung ausgegangen. Wären „eigenwirtschaftlich“ betriebene Verkehrsdienste im Sinne des Personenbeförderungsgesetzes von vornherein von der Verordnung ausgenommen, hätte er in seinem Urteil vom

19. Oktober 2006 keine Überlegungen dazu angestellt, ob die Teilbereichsausnahme des § 8 Abs. 4 PBefG - die nur eigenwirtschaftlich betriebene Verkehrsdienste betrifft - mit dem Gemeinschaftsrecht mit Blick auf die vom Europäischen Gerichtshof geforderte Bestimmtheit und Klarheit vereinbar ist.

30 cc) Der eigenwirtschaftliche Antrag der Klägerin war schließlich nicht verspätet.

31 Eine Zurückweisung dieses Antrags wäre nur gerechtfertigt gewesen, wenn dem gemeinwirtschaftlichen Antrag der Beigeladenen zu 1 nach § 8 Abs. 4 Satz 3 PBefG der Vorrang gebührt und er deshalb nach § 13a PBefG hätte genehmigt werden müssen. Ihm hätte hierzu eine rechtmäßige Initiative des Aufgabenträgers zugrunde liegen müssen. Wie gezeigt, hätte dies eine Fristsetzung zur Abgabe eigenwirtschaftlicher Angebote und eine auf dieser Grundlage vorgenommene rechtmäßige Prognose des Aufgabenträgers erfordert, dass eine ausreichende eigenwirtschaftliche Verkehrsbedienung nicht möglich ist. Andernfalls musste die Genehmigungsbehörde über den eigenwirtschaftlichen Antrag der Klägerin in der Sache entscheiden; sie dürfte ihn erst dann nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a PBefG ablehnen, wenn eine trotz unzureichender Prognose erteilte Genehmigung für einen gemeinwirtschaftlichen Verkehr auf derselben Strecke bestandskräftig geworden wäre.

32 Etwas anderes ergibt sich hier nicht deswegen, weil innerhalb der Ausschreibungsfrist für einen gemeinwirtschaftlichen Verkehr kein eigenwirtschaftlicher Antrag eingegangen war; denn auch dies berechtigte den Beigeladenen zu 2 nicht zu der Prognose, dass es zu keiner ausreichenden Verkehrsbedienung im strittigen Linienbündel kommen werde. Für die in Betracht kommenden Verkehrsunternehmer war mit der Festlegung dieser Ausschreibungsfrist keineswegs klar, dass mit dem Ablauf dieser Frist auch ein Ausschluss eigenwirtschaftlicher Anträge verbunden sein sollte. Zudem unterscheiden sich die maßgeblichen Umstände. Bei einer Ausschreibung gibt der Aufgabenträger den Bewerbern in der Leistungsbeschreibung ein bestimmtes Anforderungsprofil vor, auf das die Teilnehmer mit einem Angebot reagieren können. Dabei ist der Aufgabenträger nach Maßgabe der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 dazu verpflichtet, dem von ihm ausgewählten Verkehrsunternehmer einen Ausgleich für

die mit der Übertragung der Verkehrsbedienung verbundenen Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes zu leisten. Die durch ein solches Austauschverhältnis geprägte Lage unterscheidet sich grundlegend von der Situation, in der sich der Verkehrsunternehmer befindet, wenn er darüber zu entscheiden hat, ob er einen eigenwirtschaftlichen Antrag stellt, wenn es also darum geht, ob er einen Verkehr auf eigenes Risiko und mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln erbringt (vgl. dazu Urteil vom 19. Oktober 2006 a.a.O. Rn. 35 ff.).

- 33 Schließlich erweist sich auch der Einwand als nicht tragfähig, das Angebot der Klägerin habe schon deshalb unberücksichtigt bleiben können, weil in der Ausschreibung über den Nahverkehrsplan hinausgehende qualitative Anforderungen an die Verkehrsbedienung gestellt worden seien, denen der eigenwirtschaftliche Antrag der Klägerin nicht genügt habe. Eine solche Argumentation widerspricht dem Stufenverhältnis von eigen- und gemeinwirtschaftlicher Verkehrsbedienung. Darf ein Verfahren zur Auferlegung oder Vereinbarung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 nur eingeleitet werden, wenn eine ausreichende eigenwirtschaftliche Verkehrsbedienung nicht möglich ist, können nicht in Umkehrung dieses Verhältnisses Qualitätsanforderungen, die erst an den gemeinwirtschaftlichen Verkehr gestellt werden, auf einen beantragten eigenwirtschaftlichen Verkehr übertragen werden. Selbst wenn die in einem Nahverkehrsplan an die Verkehrsbedienung gestellten Anforderungen nicht erfüllt werden sollten, müsste dies im Übrigen nicht zwingend dazu führen, dass eine eigenwirtschaftliche Genehmigung zu versagen wäre. § 13 Abs. 2a PBefG stellt die Entscheidung hierüber vielmehr in das Ermessen der Genehmigungsbehörde.
- 34 dd) Ebenso wenig konnte der Antrag der Klägerin wegen eines Verstoßes gegen Treu und Glauben unberücksichtigt bleiben. Die Beigeladene zu 1 sieht eine Treuwidrigkeit der Klägerin darin, dass sie zunächst keinen Antrag nach § 13 PBefG gestellt und sich stattdessen an der Ausschreibung beteiligt hat. Deshalb habe der Beigeladene zu 2 als Aufgabenträger darauf vertrauen dürfen, dass die Klägerin keinen eigenwirtschaftlichen Antrag mehr stellen werde; sie habe ihr Initiativrecht verwirkt. Der bloßen Beteiligung an der Ausschreibung kann eine solche Wirkung jedoch nicht beigemessen werden. Hinzutreten

müssten vielmehr - hier nicht festgestellte - Umstände des Einzelfalls, die das Gesamtverhalten der Klägerin als widersprüchlich erscheinen ließen. Mit der Teilnahme an einer Ausschreibung ist nur die Aussage verbunden, dass der Bewerber zu den in der Ausschreibung genannten Bedingungen, die sich von denjenigen einer eigenwirtschaftlichen Erbringung wesentlich unterscheiden, und zu dem von ihm angebotenen Preis zu einer Verkehrsbedienung bereit ist.

- 35 2. Soweit das Berufungsgericht die Ablehnung des Genehmigungsantrags der Klägerin aufgehoben und den Beklagten zur Neubescheidung ihres Antrags nach § 13 PBefG verpflichtet hat, steht sein Urteil ebenfalls im Einklang mit Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Da der Beklagte den Antrag der Klägerin bislang zu Unrecht unberücksichtigt gelassen hat, ihm andererseits bei der Bewertung von Verkehrsbedürfnissen und ihrer befriedigenden Bedienung im Sinne des § 13 Abs. 2 PBefG ein Beurteilungsspielraum (Urteil vom 28. Juli 1989 - BVerwG 7 C 39.87 - BVerwGE 82, 260 <265> = Buchholz 442.01 § 13 PBefG Nr. 29 S. 16) und darüber hinaus im Falle eines Widerspruchs zum Nahverkehrsplan nach § 13 Abs. 2a PBefG ein Versagungsermessen zusteht, kommt nur eine Verpflichtung zur Neubescheidung in Betracht.
- 36 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 und 3 VwGO.

Kley

Liebler

Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert

Buchheister

Dr. Wysk