Gutachten

zur Frage, ob rechtliche Gründe bei der Anpassung des Personenbeförderungsgesetzes an den durch die VO (EG) Nr. 1370/2007 vom 23. 10. 2007 gesetzten Rahmen zur Aufrechterhaltung des in § 8 Abs. 4 PBefG verankerten Vorrangs der eigenwirtschaftlichen Verkehre drängen,

erstellt für den Bundesverband Deutscher Omnibusunternehmer e.V.

durch Univ.-Prof. Dr. Jan Ziekow, Gartenstraße 3, 67361 Freisbach

Freisbach, 10. September 2008

Inhaltsübersicht

I. Gutachtenauftrag S. 4

II. Ausgangslage de lege lata: der Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre nach dem PBefG S. 4

1. Zur gewährleistungsstaatlichen Konzeption des PBefG S. 4

2. Die Ausformulierung des Konzepts im PBefG S. 8

a) Die Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre S. 9

aa) Der Typus der Kontrollerlaubnis S. 9

bb) Die Auswahlentscheidung bei konkurrierenden Genehmigungsanträgen S. 11

b) Eigenwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Verkehre S. 12

III. Die Anforderungen der VO (EG) Nr. 1370/2007 S. 14

1. Der Vorrang kommerzieller Verkehre S. 15

a) Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse S. 15

b) Das Verhältnis von marktmäßiger und gemeinwirtschaftlicher Befriedigung von Verkehrsbedarfen S. 16

2. Kommerzielle Verkehre im Sinne der VO 1370/2007 und Eigenwirtschaftlichkeit nach § 8 Abs. 4 PBefG S. 20

a) Das Regelungssystem der VO 1370/2007 S. 20

b) Bedeutung der Altmark-Trans-Rechtsprechung des EuGH S. 23

c) Keine Vergabepflichtigkeit kommerzieller Verkehre S. 24

aa) Öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der VO 1370/2007 S. 25

bb) Der Vergabekoordinierungs- oder der Sektorenkoordinierungsrichtlinie unterfallende Dienstleistungsaufträge S. 26

α) Vorliegen eines Vertrages S. 27

β) Kriterium der Entgeltlichkeit S. 28

cc) Dienstleistungskonzessionen S. 29

3. Zwischenergebnis S. 31

IV. Verfassungsrechtliche Probleme einer Aufgabe des Vorrangs eigenwirtschaftlicher Verkehre S. 33

1. Im Einzelfall auszuübendes Wahlrecht der Behörde zwischen kommerziellen Verkehrsleistungen und Direktvergabe an eine interne Einheit S. 34

a) Grundrechte der Verkehrsunternehmen S. 34

aa) Grundrecht aus Art. 12 GG S. 34

α) Eröffnung des Schutzbereichs S. 34

β) Vorliegen eines Grundrechtseingriffs S. 39

γ) Grundrechtsschranken S. 40

bb) Grundrecht aus Art. 14 GG S. 45

cc) Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG S. 48

b) Haushaltsrecht S. 49

c) Zwischenergebnis S. 51

2. Gesetzliche Vorrangregelung zugunsten einer Direktvergabe an eine interne Einheit S. 52

3. Anforderungen an die Regelung des Verhältnisses von kommerziellen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren S. 53

4. Zur Bedeutung der Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG S. 56

VI. Zusammenfassung S. 58

I. Gutachtenauftrag

Gegenstand des Gutachtens ist die Beantwortung der Frage, ob rechtliche Gründe bei der Anpassung des Personenbeförderungsgesetzes an den durch die VO (EG) Nr. 1370/2007 vom 23. 10. 2007 gesetzten Rahmen zur Aufrechterhaltung des in § 8 Abs. 4 PBefG verankerten Vorrangs der eigenwirtschaftlichen Verkehre drängen.

II. Ausgangslage de lege lata: der Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre nach dem PBefG

Um die sich aus der 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 (EWG) Nr. 1107/70 des Rates[1] ggf. für das deutsche Recht hinsichtlich des Vorrangs eigenwirtschaftlicher Verkehre ergebenden Änderungsbedarfe ermitteln zu können, bedarf es zunächst einer Erfassung des Ist-Bestandes der relevanten Regelungen des Personenbeförderungsgesetzes[2].

1. Zur gewährleistungsstaatlichen Konzeption des PBefG

Konzeptionell stellt das geltende Personenbeförderungsrecht im Kern nach wie vor Gewerberecht dar.[3] Während aber die Gewerbeordnung als besonderes Ordnungsrecht zentral der Gefahrenabwehr verpflichtet ist[4], hat das

---

[1] ABl. Nr. L 315/1 v. 3. 12. 2007; im Folgenden: VO 1370/2007.

[2] Personenbeförderungsgesetz i. d. F. d. Bek. v. 8. 8. 1990, BGBl. I S. 1690 mit späteren Änderungen; im Folgenden: PBefG.

[3] Vgl. nur *Christian Heinze*, Personenbeförderungsgesetz, Baden-Baden 2007, Einl. Erläuterung V 1; *Rolf Stober*, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 14. Aufl. Stuttgart 2007, § 49 I 1.

[4] *Peter J. Tettinger/Rolf Wank*, Gewerbeordnung, München 2004, Einl. Rdnr. 4.

Personenbeförderungsrecht darüber hinaus lenkende Elemente[5] aufgenommen.

Es darf aber nicht übersehen werden, dass sich die lenkenden Elemente des Personenbeförderungsgesetzes als durchaus heterogen und damit nur punktuelle Abweichungen vom Kernziel der Realisierung von Gewerbefreiheit darstellen[6]. Die 1996 in Kraft getretene Novelle hält zwar daran fest, dass die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im ÖPNV eine Aufgabe der Daseinsvorsorge ist[7], stärkt aber neben der Verantwortung der öffentlichen Hand für die Erfüllung der Daseinsvorsorgeaufgabe die Stellung der Unternehmen[8]. Die Aufgabenstruktur des Personenbeförderungsgesetzes erweist sich damit als Ausformung gewährleistungsstaatlicher Konzepte: Die Erbringung der Verkehrsleistungen ist zuvörderst eine Aufgabe der Unternehmen, während die Verantwortung für die Gewährleistung einer ausreichenden ÖPNV-Versorgung in einer zu definierenden Qualität bei der öffentlichen Hand liegt.[9]

---

[5] Zum hier verwendeten Begriff der Wirtschaftslenkung *Jan Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, München 2007, § 5 Rdnr. 2.

[6] Vgl. *Wolfgang Dippel/Arnd Wilhelm*, Marktzugang zum öffentlichen Personennahverkehr, WiVerw 2001, S. 120 (129); *Otto Finkenbeiner*, Der Nahverkehrsplan als Grundlage für die Planung des ÖPNV, Der Nahverkehr 9/1995, S. 19 (21); *Matthias Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, Berlin 2004, S. 395; *Reiner Metz/Volker Wente*, Nahverkehrspläne, Köln 1996, S. 3.

[7] Vgl. etwa *Michael Ronellenfitsch*, Thesen zur Daseinsvorsorge und Wirtschaftlichkeit des Eisenbahnwesens, in: Ronellenfitsch/Schweinsberg (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XIII, 2008, S. 9 (19). In diesem Sinne auch § 1 des Gesetzes zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs v. 27. 12. 1993, BGBl. I S. 2378 (RegG).

[8] Vgl. nur *Klaus-A. Sellmann*, Das neue Personenbeförderungsrecht, NVwZ 1995, S. 1167 (1171).

[9] *Matthias Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, Berlin 2004, S. 473.

Das Konzept des Gewährleistungsstaats[10] setzt an der aus der Privatisierungsdiskussion bekannten Entkoppelung von Aufgabenverantwortung und Aufgabenerfüllung[11] an. Der gewährleistende Staat erfüllt öffentliche Aufgaben nicht notwendigerweise selbst, sondern bezieht – in unterschiedlicher Intensität – private Beiträge in die Aufgabenerfüllung ein. Insoweit handelt es sich um Phänomene, die sich als Spielarten der funktionalen Privatisierung bis an die Grenze der materiellen Privatisierung verstehen lassen. Der Staat trägt also nicht mehr die sog. Erfüllungsverantwortung, sondern gewährleistet nur noch, dass die Aufgabe im Gemeinwohlinteresse im Ergebnis auch tatsächlich erfüllt wird.

Dahinter steht das Konzept gestufter Verantwortung. In der neueren Diskussion ist herausgearbeitet worden, dass dem Kooperationsspektrum zwischen staatlicher und privater Aufgabenerfüllung unterschiedliche Stufen staatlicher Verantwortung für die tatsächliche Erbringung des durch die Aufgabe Gefor-

---

[10] Hierzu neben vielen u.a. *Martin Eifert*, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, Baden-Baden 1998; *Claudio Franzius*, Der „Gewährleistungsstaat" – Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat, Der Staat 42 (2003), S. 493 ff.; *Matthias Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, 2004; *Jens Lattmann*, Probleme, Risiken und Grenzen des Gewährleistungsstaat-Konzepts in: Neue Institutionenökonomik – Public Private Partnership – Gewährleistungsstaat, Berlin 2004, S. 61 ff.; *Renata Martins*, Grundrechtsdogmatik im Gewährleistungsstaat: Rationalisierung der Grundrechtsanwendung, DÖV 2007, S. 456 ff.; *Christoph Reichard*, Das Konzept des Gewährleistungsstaates in: Neue Institutionenökonomik – Public Private Partnership – Gewährleistungsstaat, Berlin 2004, S. 48 ff.; *Friedrich Schoch*, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, NVwZ 2008, S. 241 ff.; *Gunnar Folke Schuppert* (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Baden-Baden, 2005; *ders.*, Staatstypen, Leitbilder und Politische Kultur: Das Beispiel des Gewährleistungsstaates in: Heidbrink/Hirsch (Hrsg.), Staat ohne Verantwortung?, Frankfurt/New York 2007, S. 467 ff.; *Kay Waechter*, Die Theorie des Gewährleistungsstaates – Unterwegs zu einer einheitlichen Theorie des Verwaltungsrechts in: Frank/Langrehr (Hrsg.), Die Gemeinde – Festschrift zum 70. Geburtstag für Heiko Faber, Tübingen, 2007, S. 259 ff.

[11] Vgl. nur *Jan Ziekow*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Privatisierung kommunaler Dienstleistungen, in: Meyer-Teschendorf/Föttinger u.a., Neuausrichtung kommunaler Dienstleistungen, Stuttgart 1999, S. 132 (136 ff.) m. w. N.

derten korrespondieren.[12] Mittlerweile besteht weitgehende Einigkeit darin, dass die Ausdifferenzierung der Verantwortungsstufung auf die drei Grundtypen der Erfüllungs-, der Gewährleistungs- und der Auffangverantwortung begrenzt werden sollte.

- Unter Erfüllungsverantwortung versteht man die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch den Staat selbst. Da der Staat die Aufgabe selbst, mithin durch Träger mittelbarer oder unmittelbarer Staatsverwaltung wahrnimmt, liegt die Erfüllung der Aufgabe in seiner alleinigen Verantwortung.
- Die Stufe der Gewährleistungsverantwortung bezieht sich auf die Situation, dass sich der Staat aus der ausschließlich eigenen Aufgabenerfüllung zurücknimmt. Die Aufgabenerfüllung erfolgt dann gemeinsam durch öffentliche Hand und Private oder allein durch gesellschaftliche Selbststeuerung, jedoch unter staatlicher Steuerung durch Rahmenvorgaben, Struktursetzungen und Spielregeln. Der Staat erfüllt also nicht selbst oder jedenfalls nicht allein die Aufgabe, gewährleistet aber durch steuernde Maßnahmen, dass die Aufgabe erfüllt wird.
- Die Auffangverantwortung schließlich bezieht sich auf die Entwicklung von Instrumentarien zur Nachsteuerung, wenn der angestrebte Steuerungserfolg ausbleibt. Steuerungsverantwortung wird mithin dadurch wahrgenommen, dass gleichsam ein „Auffangnetz“ gespannt wird, das ein Entfallen der Aufgabenerfüllung verhindern soll.

Das Konzept des Personenbeförderungsgesetzes mit grundsätzlichem Vorrang der eigenwirtschaftlichen – „selbststeuernden“ – Leistungserbringung

---

[12] Vgl. zum Konzept der Verantwortungsstufung etwa *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit, in: Kirchhof/Lehner/Raupach/Rodi (Hrsg.), Staat und Steuern, FS für Klaus Vogel zum 70. Geb., München 2000, S. 47 ff.; *Gunnar Folke Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstufen, Verw. 31 (1998), S. 415 ff.; *Jan Ziekow*, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, Berlin 2001, S. 179 ff. m. w. Nachw.

vor der gewährleistenden Sicherstellung der Verkehrsbedienung durch gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen rekurriert auf dieses Konzept.[13]

2. Die Ausformulierung des Konzepts im PBefG

Nach der derzeitigen Fassung des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) statuiert § 8 Abs. 4 PBefG den Vorrang der eigenwirtschaftlichen Erbringung von Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr: Ausweislich des Satzes 1 der genannten Vorschrift sind Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr eigenwirtschaftlich zu erbringen. Erst dann, wenn durch eigenwirtschaftliche Verkehre eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht möglich ist, kommt bisher die VO 1191/69[14] zur Anwendung (§ 8 Abs. 4 S. 3 PBefG). Für die aufgrund einer Auferlegung oder Vereinbarung im Sinne der VO 1191/69 zu erbringenden Verkehrsleistungen verwendet § 13a PBefG den Begriff der „gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen".[15]

Unabhängig von der Frage der begrifflichen Abgrenzbarkeit von eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren[16] besteht der zentrale Unterschied zwischen den beiden Formen von Verkehrsleistungen darin, dass sich die Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen nach § 13

---

[13] *Matthias Knauff*, Der Kommissionsvorschlag für eine Novelle der VO 1191/69, DVBl. 2006, S. 339 (346).

[14] 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 Binnenschiffverkehrs, ABl. Nr. L 156/1 v. 28. 6. 1969 mit späteren Änderungen; im Folgenden: VO 1191/69.

[15] Vgl. zu den mit diesem Konzept zusammenhängenden Fragen etwa *Günter Fromm*, Zur Neuordnung des Personenbeförderungsrechts, TranspR 1994, S. 425 ff.; *Thomas Muthesius*, Die gesetzlichen Regelungen für den regionalisierten Nahverkehr, ZögU 19 (1996), S. 334 ff.; *Ulrich Neusinger*, Zukunft des Personennahverkehrs: Herausforderung für die Wirtschaftlichkeit des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV)?, ZKF 2000, S. 242 ff.

[16] Dazu *Stefan Karnop*, Der Begriff der „gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistung" nach § 13 a PBefG, DVBl. 2004, S. 160 ff.; *Matthias Knauff*, Legaldefinitionen als Problem – Dargestellt am Beispiel der Eigenwirtschaftlichkeitsdefinition des § 8 IV 2 PBefG, ZG 2007, S. 328 (337 ff.).

PBefG, die Genehmigung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen hingegen nach § 13a PBefG richtet.

a) Die Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre

Bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 13 PBefG besteht ein Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung für eigenwirtschaftliche Verkehre.[17] Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist das Genehmigungsverfahren des § 13 PBefG durch die Initiative des Unternehmers gekennzeichnet.[18] Im Kern handelt es sich um einen Typus, der anderen gewerberechtlichen Genehmigungsentscheidungen nachgebildet ist, nämlich um ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.[19]

aa) Der Typus der Kontrollerlaubnis

Anders als bei der Ausnahmebewilligung ist beim präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt das betreffende Verhalten durch den Gesetzgeber nicht grundsätzlich verboten, sondern mit einem Prüfungsvorbehalt versehen worden: Bevor die betreffende Betätigung aufgenommen wird, soll sichergestellt werden, dass bestimmte rechtliche Anforderungen eingehalten werden.[20] Hinter diesem Institut steht die freiheitssichernde Wirkung der Grundrechte,

---

[17] VGH Mannheim, Urt. v. 27. 11. 2003 – 3 S 709/03 – Juris, Rdnr. 19; *Christian Heinze*, Zur Rechtsstellung der Unternehmen in dem seit 1. Januar 1996 geltenden Personenbeförderungsrecht, DÖV 1996, S. 977 (983); *ders*., Personenbeförderungsgesetz, Baden-Baden 2007, § 13 Anm. 1; *Stefan Karnop*, Gestaltungsrahmen für den öffentlichen Personennahverkehr nach der Altmark-Entscheidung des EuGH, Verw. 38 (2005), S. 111 (112 f.); *Matthias Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, Berlin 2004, S. 436 ff.; *Karina Lott*, Kommunale ÖPNV-Unternehmen im Wettbewerb, Frankfurt/M. 2008, S. 104.

[18] BVerwG NVwZ 2007, S. 330 (332).

[19] *Stefan Karnop*, Der Anwendungsbereich der Vergabebestimmungen der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/07 im deutschen Personennahverkehr, Verkehr und Technik 2008, S. 299 (300).

[20] *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. München 2006, § 9 Rdnr. 51.

aus denen ein Anspruch auf Genehmigungserteilung folgt, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind.[21]

Das Charakteristikum, das zur gesetzlichen Anordnung gerade des Erfordernisses einer Kontrollerlaubnis führt, lässt sich der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts entnehmen. So beantwortete das Gericht die Frage, ob das Notifizierungsverfahren für die Verbringung zur Verwertung bestimmter Abfälle nach der EG-Abfallverbringungsverordnung als Anzeigeverfahren oder als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt einzuordnen ist, zugunsten der Einstufung als Kontrollerlaubnis. Zur Begründung wies es darauf hin, dass ein schlichtes Anzeigeverfahren mit repressiver Einschreitensmöglichkeit der Behörde zur Erreichung des Regelungszwecks nicht genüge. Denn in diesem Fall könnte der Verbringungswillige durch die Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen die vorgesehene Handlungsform der Behörde – die Erhebung eines Einwands – den Suspensiveffekt auslösen.[22]

Hieraus wird deutlich, dass es bei der Statuierung eines präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt im Wesentlichen um die Verteilung von Verantwortungsbereichen geht. Während das Anzeigeverfahren Informationsbeschaffungslast und Verwirklichungsrisiko überwiegend der Behörde zuordnet, dreht das Erfordernis für den Betroffenen, vor Aufnahme der Tätigkeit die Erteilung einer Kontrollerlaubnis zu beantragen, dieses Verhältnis um. *Rainer Wahl* hat dies als die „List der Figur“ der Kontrollerlaubnis bezeichnet, die den Betroffenen zwinge, mit der Verwaltung zusammenzuarbeiten und ihr die Informationen zuzuliefern.[23] Die Notwendigkeit, eine Kontrollerlaubnis einzuholen, zwingt den Betroffenen also gleichsam in das Verfahren. In diesem

---

[21] Vgl. nur BVerwGE 18, S. 247 (250 f.); VGH Mannheim NVwZ-RR 1999, S. 298 (299); *Christine Steinbeiß-Winkelmann*, Verfassungsrechtliche Vorgaben und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung, in: Ziekow (Hrsg.), Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, Berlin 1998, S. 201 (204 ff.); *Jan Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, München 2007, § 62 Rdnr. 12.

[22] BVerwG NVwZ 2004, S. 344 (345).

[23] *Rainer Wahl*, Bedeutungsverlust und Bedeutungsgewinn für das Institut der Genehmigungen, in: Hansmann/Paetow/Rebentisch (Hrsg.), Umweltrecht und richterliche Praxis. Festschrift für Ernst Kutscheidt zum 70. Geburtstag, München 2003, S. 199 (202).

Verfahren, das es der Behörde ermöglicht, dem Antragsteller Informationsbeibringungslasten aufzuerlegen und die materielle Rechtsprüfung ohne zwischenzeitliches Verwirklichungsrisiko durchzuführen, liegt das wesensprägende Merkmal der Kontrollerlaubnis.

bb) Die Auswahlentscheidung bei konkurrierenden Genehmigungsanträgen

Eine Besonderheit der Genehmigung nach § 13 PBefG besteht in erster Linie hinsichtlich der zu berücksichtigenden Gesichtspunkte, die zu einer Abschirmung der Inhaber von Genehmigungen während deren Laufzeit nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG und in der Konkurrenz mehrerer Genehmigungsbewerber zu einer angemessenen Berücksichtigung von Unternehmen führen, die den betreffenden Verkehr jahrelang in einer dem öffentlichen Verkehrsinteresse entsprechenden Weise betrieben haben (§ 13 Abs. 3 PBefG).

In der Situation konkurrierender Genehmigungsanträge ist ein sog. Genehmigungswettbewerb“ durchzuführen[24]. Allerdings darf aus dieser Bezeichnung nicht geschlossen werden, es handele sich um einen, einem Vergabeverfahren ähnlichen Bieterwettbewerb.[25] Es handelt sich vielmehr um die Erteilung einer Kontrollerlaubnis in Form der sog. Verteilungsgenehmigung, bei der zwar prinzipiell der grundrechtlich fundierte Anspruch des Antragstellers besteht, welcher aber unter dem Vorbehalt der Berücksichtigung paralleler Anspruchspositionen anderer Antragsteller steht. Da hier die Anzahl der zur Erteilung zur Verfügung stehenden Genehmigungen beschränkt ist, können nicht alle Antragsteller positiv beschieden werden. Es bedarf deshalb der Entwicklung von Verteilungsregeln, die eine den Eigenrationalitäten des jeweiligen Sachbereichs sowie den verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen gerecht werdende Zuordnung der Genehmigungen sicherstel-

---

[24] Vgl. etwa *Lorenz Wachinger*, Das Recht des Marktzugangs im ÖPNV, Berlin 2006, S. 349 ff.

[25] *Christian Heinze*, Personenbeförderungsgesetz, Baden-Baden 2007, § 13 Anm. 10.

len.[26] Bei der Konkurrenz um die Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen lassen sich solche Verteilungsregeln aus den Versagungsgründen des § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG generieren.[27]

b) Eigenwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Verkehre

Im Unterschied zu der Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre liegt die Initiative bei der Genehmigung gemeinwirtschaftlicher Verkehre nicht bei dem Unternehmer, sondern bei dem Aufgabenträger[28]: Ist eine ausreichende eigenwirtschaftliche Verkehrsbedienung nicht möglich ist, wird eine Verkehrsleistung aber benötigt, so steht dem Aufgabenträger nach § 8 Abs. 4 S. 3 PBefG das in der VO 1191/69 vorgesehene Verfahren zur Verfügung, um unter Gewährung eines Ausgleichs „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ aufzuerlegen oder zu vereinbaren. Soweit es sich nicht um die Auferlegung, sondern um die Vereinbarung einer solchen Verpflichtung handelt, dürfte wegen § 1 Abs. 2 PBefGAnwV[29] die Vergabe im Wettbewerb den Regelfall darstellen[30].

Der Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit wird durch § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG erläutert. Danach sind eigenwirtschaftlich solche Verkehrsleistungen, deren Aufwand durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne gedeckt wird. Die Statuierung des Vorrangs der eigenwirtschaftlichen Verkehre ist dem Ziel verpflichtet, dass eine ausreichende Verkehrsversorgung durch Leistungen erfolgt,

---

[26] Zum Ganzen *Dominik Kupfer*, Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, Baden-Baden 2005, m. w. N.

[27] Im Einzelnen *Christian Heinze*, Personenbeförderungsgesetz, Baden-Baden 2007, § 13 Anm. 10; *Frank Wenzel/Pia Denzin/Wolfgang Siederer*, Ausschreibungs- und Genehmigungswettbewerb für ÖPNV-Leistungen, LKV 2008, S. 18 (20 f.).

[28] BVerwG NVwZ 2007, S. 330 (332).

[29] Verordnung zur Anwendung von § 13a Abs. 1 Satz 3 des Personenbeförderungsgesetzes v. 15. 12. 1995, BGBl. I S. 1705.

[30] *Christian Heinze*, Personenbeförderungsgesetz, Baden-Baden 2007, § 13 Anm. 5.

die möglichst geringe Kosten für die Allgemeinheit erzeugen.[31] Solange ein unternehmerisch kalkuliertes zureichendes Verkehrsangebot vorliegt, kann der Bedarf an Verkehrsleistungen am Markt gedeckt werden, ohne dass es eines Rückgriffs auf durch die öffentlichen Haushalte zur Verfügung zu stellende Finanzmittel bedarf. Erst dann, wenn eine Bedarfsdeckung am Markt nicht möglich ist, wenn also ein Marktversagen vorliegt, soll ein Wechsel in das gemeinwirtschaftliche Leistungssicherstellungssystem möglich sein. Dieses Konzept entsprach in besonderem Maße der ratio der VO 1191/69, die „erhebliche Verfälschung der Wettbewerbsbedingungen", die durch die unterschiedliche Praxis der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Auferlegung von Verpflichtungen entstehen, zu beseitigen[32]. Dementsprechend ging die VO 1191/69 von einer Zielhierarchie aus: Primärziel war die Herstellung eines unverfälschten Wettbewerbs durch Aufhebung der „mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen"[33]. Nur dort, wo im freien Unternehmenswettbewerb keine ausreichende Verkehrsbedienung sichergestellt werden kann, sollten die Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes aufrecht erhalten werden können.[34] In diesen Fällen sollte dann die VO 1191/69 zu einer gleichmäßigen Handhabung führen.[35]

---

[31] *Christian Heinze*, Personenbeförderungsgesetz, Baden-Baden 2007, § 8 Anm. 16. Zu flankierenden grundrechtlichen Erwägungen *Stefan Karnop*, Gestaltungsrahmen für den öffentlichen Personennahverkehr nach der Altmark-Entscheidung des EuGH, Verw. 38 (2005), S. 111 (116). Zur Ermittlung der Kosten für die Allgemeinheit *Holger Zuck*, Eigenwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen und geringste Kosten für die Allgemeinheit, DÖV 1994, S. 941 (948 f.).

[32] VO 1191/69 Erwägungsgrund 1.

[33] Art. 1 Abs. 3 VO 1191/69.

[34] VO 1191/69 Erwägungsgrund 2.

[35] VO 1191/69 Erwägungsgrund 14. Zutreffend *Stefan Karnop*, Gestaltungsrahmen für den öffentlichen Personennahverkehr nach der Altmark-Entscheidung des EuGH, Verw. 38 (2005), S. 111 (115 f.)

III. Die Anforderungen der VO 1370/2007

Die ausweislich ihres Art. 12 am 3. 12. 2009 in Kraft tretende VO 1370/2007 hat gem. Art. 249 EG allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Sie wird daher mit ihrem Inkrafttreten Bestandteil auch der in Deutschland geltenden Rechtsordnung und verpflichtet und berechtigt Rechtssubjekte, ohne dass es irgendwelcher Maßnahmen zur Umwandlung in nationales Recht bedarf[36]. Anders als im Falle der Richtlinien ist eine Transformation in mitgliedstaatliches Recht nicht erforderlich. Im Gegenteil ist eine Umsetzung in nationale Rechtsvorschriften unzulässig, um den Geltungsanspruch gerade als Gemeinschaftsrecht nicht zu relativieren.[37]

Gegenüber entgegenstehendem nationalem Recht setzt sich die Verordnung unmittelbar mit Anwendungsvorrang durch. Zur Vermeidung von Unklarheiten ist der nationale Gesetzgeber aber verpflichtet, nationale Rechtsvorschriften, die den Regelungen der Verordnung widersprechen, entsprechend anzupassen oder aufzuheben.[38] Einen eigenen Regelungsspielraum hat der nationale Gesetzgeber im Anwendungsbereich einer Verordnung nur dort, wo die Verordnung Ausfüllungs- oder Abweichungsspielräume belässt.

Die Frage des Verhältnisses der VO 1370/2007 zu dem in § 8 Abs. 4 PBefG verankerten Vorrang der eigenwirtschaftlichen Verkehre stellt sich mithin in einer doppelten Weise: Zum einen ist zu klären, ob Regelungen der VO 1370/2007 einer Aufrechterhaltung des Vorrangs der eigenwirtschaftlichen Verkehre entgegenstehen. Ist dies nicht der Fall, so ist zum anderen zu untersuchen, ob im Gegenteil die VO 1370/2007 eine Aufrechterhaltung dieses Vorrangs sogar fordert.

---

[36] EuGH Slg. 1978, S. 99 Rdnr. 22/27 – Zerbone.

[37] *Werner Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, München 2003, Art. 249 Rdnr. 58.

[38] Im Einzelnen *Werner Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, München 2003, Art. 249 Rdnr. 62 ff. mit zahlr. Nachw. aus der Rspr. des EuGH.

1. Der Vorrang kommerzieller Verkehre

Ausweislich der in Art. 1 Abs. 1 VO 1370/2007 beschriebenen Zwecksetzung der Verordnung hat die VO 1370/2007 nichts an der der VO 1191/69 zugrunde liegenden Zielhierarchie geändert. Gemäß der genannten Vorschrift ist es Zweck der Verordnung festzulegen, wie die zuständigen Behörden unter Einhaltung des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs tätig werden können, um die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu gewährleisten, die u. a. zahlreicher, sicherer, höherwertig oder preisgünstiger sind als diejenigen, die das freie Spiel des Marktes ermöglicht hätte.

Hieraus kann nicht der Schluss gezogen werden, es sei Ziel der VO 1370/2007, die Behörden der Mitgliedstaaten zu Interventionen in den Markt der Verkehrsdienstleistungen zu verpflichten. Art. 1 Abs. 1 der Verordnung enthält vielmehr folgende Aussagen:

a) Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Die VO 1370/2007 gilt nur für Personenverkehrsdienste, soweit sie im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegen. Erwägungsgrund 2 der Verordnung verweist insoweit ausdrücklich auf Art. 86 Abs. 2 EG. Diese Vertragsbestimmung wiederum ist nicht bereits dann anwendbar, wenn ein Unternehmen im Interesse der Allgemeinheit tätig wird, sondern nur dann, wenn es spezifisch mit der Dienstleistung betraut worden ist.[39] Dabei kommt es nach der neueren Praxis von Kommission und EuGH nicht darauf an, ob die Betrauung des Unternehmens mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durch Hoheitsakt oder durch Vertrag erfolgt.[40] Entscheidend ist aber,

---

[39] Vgl. EuGH Slg. 1981, S. 2021 Rdnr. 7 – Züchner; 1983, S. 483 Rdnr. 29 ff. – GVL

[40] Hoheitsakt: EuGH Slg. 1974, S. 313 Rdnr. 19/22 – BRT I; 1981, S. 2021 Rdnr. 7 – Züchner; 1989, S. 803 Rdnr. 55 – Saeed. Vertrag: Daseinsvorsorgemitteilung

dass die Zuordnung der genannten Dienstleistungen zu dem betreffenden Unternehmen aktiv durch einen erkennbaren und inhaltlich insoweit eindeutig festgelegten Akt erfolgt.[41] Denn nur diese spezifische Betrauung rechtfertigt die partielle Freistellung von den Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages, soweit eine Anwendung dieser Regeln die Erfüllung der übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich hindern würde. Nicht ausreichend ist daher die Erteilung einer bloß gewährenden Erlaubnis für eine grundsätzlich jedem offen stehende Versorgungstätigkeit.[42]

Die für den Verkehrsbereich geltende Vorschrift des Art. 73 EG trifft eine Sonderregelung für die Gewährung von Beihilfen, die u. a. zulässig sind, soweit sie der Abgeltung mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen. Auch insoweit muss mithin ein Konnex zwischen der Beihilfe und der Auferlegung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung bestehen.

b) Das Verhältnis von marktmäßiger und gemeinwirtschaftlicher Befriedigung von Verkehrsbedarfen

Art. 1 Abs. 1 VO 1370/2007 enthält des Weiteren eine Aussage zum Verhältnis der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zur Erbringung von Verkehrsleistungen unter Marktbedingungen. Zum einen ist Regelungsgegenstand der Verordnung ausschließlich die Festlegung eines Verfahrens, in dem die nationalen Behörden die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gewährleisten können. Verkehrsleistun-

---

der Kommission v. 20. 9. 2000, ABl. Nr. C 2001 17/4 Rdnr. 22; ablehnend etwa *Christian Koenig/Jürgen Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, München 2003, Art. 86 EGV Rdnr. 54; *Jan Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, München 2007, § 7 Rdnr. 25.

[41] *Christian Jung*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. München 2007, Art. 86 EGV Rdnr. 39; *Christian Koenig/Jürgen Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, München 2003, Art. 86 EGV Rdnr. 54.

[42] *Christian Jung*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. München 2007, Art. 86 EGV Rdnr. 39.

gen, die ohne die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Sinne von Art. 2 lit. e VO 1370/2007 erbracht werden, die „kommerziellen" Verkehrsdienste (vgl. Erwägungsgrund 5), werden von der Verordnung nicht erfasst.[43] Die VO 1370/2007 ist allein eine Ausführungsregelung zu Art. 86 Abs. 2 und Art. 73 EG. Für bereits deregulierte Personenverkehrsmärkte gilt die Verordnung von vornherein nicht (Erwägungsgrund 8).

Allerdings berücksichtigt die VO 1370/2007 die unter den Bedingungen deregulierter Märkte erbrachten kommerziellen Verkehrsdienstleistungen als Voraussetzungen des Regelungsanspruchs der Verordnung: Funktionierende Personenverkehrsmärkte, die eine Leistungserbringung unter Marktbedingungen gewährleisten, bleiben unangetastet (Erwägungsgrund 8). Unter „Personenverkehrsmärkten, die dereguliert sind" im Sinne des Erwägungsgrundes 8 sind nicht nur solche Märkte zu verstehen, in denen keine ausschließlichen Rechte verliehen werden. Denn ausschließliche Rechte dürfen nach Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007 nur für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen gewährt werden. Der in Erwägungsgrund 8 verwendete Begriff der Deregulierung bezieht sich dementsprechend auf die fehlende Begründung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen. Dies macht der Wortlaut des genannten Erwägungsgrundes (Personenverkehrsmärkte, die dereguliert sind *und* in denen keine ausschließlichen Rechte gewährt werden) unmittelbar deutlich.

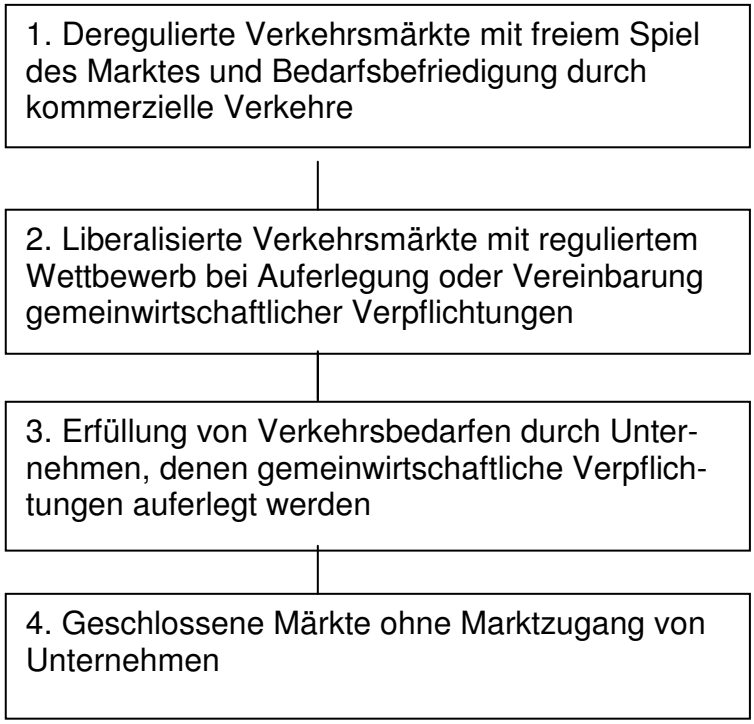
Die Verordnung bezieht sich nur auf die Situation, dass Personenlandverkehrsdienste, die im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse erforderlich sind, nicht kommerziell betrieben werden können (Erwägungsgrund 5). In der Situation der nicht zureichend am Markt zu erfüllenden Verkehrsbedarfe haben

---

[43] Vgl. *Michael Fehling/Katja Niehnus*, Der europäische Fahrplan für einen kontrollierten Ausschreibungswettbewerb im ÖPNV, DÖV 2008, S. 662 (663); *Hermann Pünder*, Die Vergabe von Personenverkehrsdienstleistungen in Europa und die völkerrechtlichen Vorgaben des WTO-Beschaffungsübereinkommens, EuR 2007, S. 564 (566). Zur Nichterfassung der eigenwirtschaftlichen Verkehre durch die VO 1191/69 bereits *Stefan Karnop*, Gestaltungsrahmen für den öffentlichen Personennahverkehr nach der Altmark-Entscheidung des EuGH, Verw. 38 (2005), S. 111 (115 f.)

die Mitgliedstaaten u. a. die Möglichkeiten der Gewährung ausschließlicher Rechte an oder der Gewährung einer finanziellen Ausgleichsleistung für die Betreiber eines öffentlichen Dienstes sowie der Festlegung allgemeiner Vorschriften für den Betrieb öffentlicher Verkehrsdienste (Erwägungsgrund 5). Zweck der Verordnung ist es, allein für die Fälle, in denen die Mitgliedstaaten von diesen Möglichkeiten Gebrauch machen, einen gemeinschaftlichen Rechtsrahmen für die Einführung eines „regulierten Wettbewerbs“ (Erwägungsgrund 7) zu schaffen.[44]

Das Regelungsziel der Verordnung beruht auf folgendem Verständnis von Regulierungen in Verkehrsmärkten:



Das Regelungsziel der VO 1370/2007 betrifft allein den Übergang von der Stufe 3 zur Stufe 2. Der Anwendungsbereich der Verordnung würde daher vollständig verfehlt, sollte ein „weiter“ Liberalisierungsbegriff zugrunde gelegt werden, der auch die Stufe 1 in das hierfür nicht konzipierte und nicht pas-

[44] Zu Recht betont von *Winrich Ipsen*, Die EU-Verordnung 1370/07 und das Personenbeförderungsgesetz, Der Nahverkehr 6/2008, S. 20.

sende Regelungsregime der Verordnung hineinzwingt. Dies wird an dem die Frage der Einbeziehung der Güterbeförderungsdienste betreffenden Erwägungsgrund 11 deutlich: Während sich der Anwendungsbereich der VO 1191/69 noch auf Güterbeförderungsdienste erstreckte, unterfallen diese Dienste nicht mehr dem Anwendungsbereich der VO 1370/2007. Eine Einbeziehung in den Anwendungsbereich der letztgenannten Verordnung wird als nicht mehr „angezeigt erachtet"; vielmehr sollen insoweit nach drei Jahren die allgemeinen Grundsätze des EG-Vertrages gelten. Dies bedeutet nichts anderes, als dass die Liberalisierungsaufgabe auf der Stufe 2 als erfüllt angesehen wird und die Güterbeförderungsdienste in Zukunft vollständig der Stufe 1 zugeordnet werden.

Da die Entwicklung im Bereich der Personenverkehrsdienste noch nicht so weit gediehen ist, vielmehr immer noch ein partielles Marktversagen festgestellt wird, wird *insoweit* auf der Stufe 2 ein besonderes Regelungsregime zur Herbeiführung eines regulierten Wettbewerbs etabliert.[45] Für Personenverkehrsleistungen, die bereits auf der Stufe 1 zuzuordnenden deregulierten Märkten erbracht werden, wäre eine Rückstufung auf die Stufe 2 vollständig systemwidrig.

Dieses Verhältnis zwischen deregulierten Märkten mit kommerziellen Verkehren unter echten Wettbewerbsbedingungen und den gemeinwirtschaftlich bestimmten Märkten mit reguliertem Wettbewerb bringt die VO 1370/2007 auch in ihrem Art. 1 unmissverständlich zum Ausdruck. Ausweislich des Art. 1 Abs. 1 der Verordnung setzt die Ergreifung von Maßnahmen zur Gewährleistung der Dienstleistungserbringung durch die Mitgliedstaaten voraus, dass die Dienstleistungen zahlreicher, sicherer, höherwertig oder preisgünstiger erbracht werden als die Dienstleistungen, die unter den Bedingungen eines freien Wettbewerbs zur Verfügung stehen. Auf den einen regulierten

---

[45] Zum Inhalt dieses Regelungsregimes siehe nur *Olaf Otting/Carolina Scheps*, Direktvergabe von Eisenbahnverkehrsdienstleistungen nach der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, NVwZ 2008, S. 499 ff.; *Lorenz Wachinger*, Direktvergabe und Wettbewerb im Busverkehr nach der novellierten EU-Marktöffnungsverordnung, IR 2007, S. 265 ff.; *Oliver Wittig/Peter Schimanek*, Sondervergaberecht für Verkehrsdienstleistungen, NZBau 2008, S. 222 ff.

Wettbewerb sicherstellenden Regelungsrahmen der VO 1370/2007 soll nur dann zurückgegriffen werden können, wenn die hierdurch ermöglichten Lösungen den unter den Bedingungen eines freien Marktes erzielbaren Lösungen überlegen sind. Nicht anders als die VO 1191/69 beruht auch die VO 1370/2007 auf dem Prinzip des Vorrangs von auf dem freien Markt erzielbaren Lösungen. Ein Wechsel in das gemeinwirtschaftliche Leistungssicherstellungssystem soll nach wie vor nur bei partiellem Marktversagen erfolgen. Liegt ein solches nicht vor, hat die Leistungserbringung durch kommerzielle Verkehre den Vorrang.

2. Kommerzielle Verkehre im Sinne der VO 1370/2007 und Eigenwirtschaftlichkeit nach § 8 Abs. 4 PBefG

In der Diskussion um die aus der VO 1370/2007 für das Regelungssystem des Personenbeförderungsgesetzes zu ziehenden Folgerungen findet sich immer wieder die These, das dem Vorrang der eigenwirtschaftlichen Leistungserbringung nach § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG zugrunde liegende Verständnis von Eigenwirtschaftlichkeit im Sinne von § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG in Abgrenzung zur Gemeinwirtschaftlichkeit könne am Maßstab der genannten Verordnung keinen Bestand haben[46].

a) Das Regelungssystem der VO 1370/2007

Soweit es sich dabei nicht allein um die Formulierung eines rein politischen Wollens zur Umgestaltung des deutschen Personenbeförderungsrechts handelt, wird u. a. vorgetragen, dass nach dem beihilferechtlich geprägten Be-

[46] So etwa *Matthias Knauff*, Der Kommissionsvorschlag für eine Novelle der VO 1191/69, DVBl. 2006, S. 339 (347); *Georg Queisner*, Die Rechtslage von Ausgleichsleistungen im ÖPNV vor und nach der neuen Verordnung, IR 2008, S. 109 (112); *Andreas Saxinger*, Genehmigungen und Ausgleichsleistungen im Personenbeförderungsrecht vor dem Hintergrund der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, DVBl. 2008, S. 688 (695).

griffsverständnis der VO 1370/2007 die bisherige Definition der Eigenwirtschaftlichkeit als Gegensatz zum Begriff „gemeinwirtschaftlich“ nicht mehr haltbar sei, da nur noch solche Verkehre als eigenwirtschaftlich angesehen werden könnten, für die weder eine Ausgleichszahlung noch ein ausschließliches Recht gewährt werde[47].

Als unstrittig dürfte danach zunächst festgehalten werden können, dass nicht bezuschusste Verkehrsleistungen weiterhin eigenwirtschaftliche Verkehre sind.[48] Sie unterfallen als kommerzielle Verkehre nicht der VO 1370/2007[49]; die Altmark Trans-Rechtsprechung des EuGH enthält keine dieser Zuordnung widerstreitenden Gesichtspunkte. Allerdings zählen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den Unternehmenserträgen im Sinne der geltenden Fassung des § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG alle Erträge im handelsrechtlichen Sinne, die in die Gewinn- und Verlustrechnung des Unternehmens aufzunehmen sind. Danach wird die Eigenwirtschaftlichkeit nicht dadurch in Frage gestellt, dass der betreffende Betrieb im öffentlichen Personennahverkehr nicht aus den Beförderungserlösen rentabel erfolgen kann, sondern zwingend auf Zuschüsse der öffentlichen Hand angewiesen ist.[50]

Die oben wiedergegebene Annahme, die VO 1370/2007 zwinge zu einem Abrücken von diesem Eigenwirtschaftlichkeits- als Gegenbegriff zur Gemeinwirtschaftlichkeit, beruht auf einer unzureichenden Erschließung des Anwendungsbereichs der Verordnung. Unzweifelhaft würde es sich bei Zuschüssen der öffentlichen Hand, die einen Betrieb im Personenverkehr rentabel gestalten sollen, um eine Ausgleichsleistung im Sinne von Art. 2 lit. g VO 1370/2007 handeln. Doch ergibt sich daraus nicht, dass die Zahlung einer Ausgleichsleistung generell das Vorliegen der Eigenwirtschaftlichkeit

---

[47] Vgl. die Nachweise in der vorhergehenden Fußnote.

[48] Vgl. nur *Michael Fehling/Katja Niehnus*, Der europäische Fahrplan für einen kontrollierten Ausschreibungswettbewerb im ÖPNV, DÖV 2008, S. 662 (667).

[49] Siehe nur *Winrich Ipsen*, Die EU-Verordnung 1370/07 und das Personenbeförderungsgesetz, Der Nahverkehr 6/2008, S. 20.

[50] BVerwG NVwZ 2007, S. 330 (332).

ausschließen würde.[51] Denn nicht die Ausgleichsleistung löst die Anwendung der VO 1370/2007 aus, sondern die Auferlegung oder Vereinbarung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung. Die Gewährung der Ausgleichsleistung oder die Gewährung ausschließlicher Rechte knüpft kausal an die Auferlegung oder Vereinbarung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen an, nicht umgekehrt.[52] Dies ergibt sich bereits eindeutig aus Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 VO 1370/2007.

Sind hingegen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen von der Behörde nicht festgelegt oder bestimmt worden, so ist die VO 1370/2007 von vornherein nicht anwendbar. Auf den Charakter und die Reichweite des in der Verordnung verwendeten Begriffs der Ausgleichsleistung kommt es in diesem Fall mangels Anwendbarkeit nicht an. Außerhalb ihres Anwendungsbereichs beeinflusst die VO 1370/2007 daher nicht die Zahlung von Zuschüssen an Verkehrsleistungen erbringende Unternehmen. Das Vorliegen eines kommerziellen Verkehrs wird in Anbetracht des Fehlens einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung durch die bloße Zahlung von Zuschüssen nicht beeinflusst. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kommt es für die Erfüllung der Eigenwirtschaftlichkeitsvoraussetzungen nach § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG nicht darauf an, ob der in die Gewinn- und Verlustrechnung einzustellende Ertrag rechtmäßig oder rechtswidrig erzielt wurde.[53]

---

[51] So aber wohl *Folkert Kiepe/Oliver Mietzsch*, Die neue ÖPNV-Verordnung der EU und die Auswirkungen auf das Personenbeförderungsgesetz, IR 2008, S. 56.

[52] *Stefan Karnop*, Der Anwendungsbereich der Vergabebestimmungen der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/07 im deutschen Personennahverkehr, Verkehr und Technik 2008, S. 299 (301); *Andreas Saxinger*, Genehmigungen und Ausgleichsleistungen im Personenbeförderungsrecht vor dem Hintergrund der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, DVBl. 2008, S. 688 (694); unzutreffend *Folkert Kiepe/Oliver Mietzsch*, Die neue ÖPNV-Verordnung der EU und die Auswirkungen auf das Personenbeförderungsgesetz, IR 2008, S. 56 (57). Zu diesem Zusammenhang bereits für die VO 1191/69 *Holger Zuck*, Eigenwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen und geringste Kosten für die Allgemeinheit, DÖV 1994, S. 941 (946 f.); a. M. *Friederike Hoffmann-Klein/Rainer Noch*, Die Vergabe von Leistungen im ÖPNV, DÖV 2002, S. 422 (423).

[53] BVerwG NVwZ 2007, S. 330 (332). Ablehnend etwa *Christian Heinze*, Zur Rechtslage des ÖPNV nach dem Altmark-Streit, TranspR 2005, S. 373 (380);

In Anbetracht des die kommerziellen Verkehre nicht umgreifenden Geltungsbereichs der VO 1370/2007 ist nicht erkennbar, dass die Verordnung zu einer Aufgabe des in § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG verwendeten Verständnisses von Eigenwirtschaftlichkeit zwingen würde.

b) Bedeutung der Altmark-Trans-Rechtsprechung des EuGH

An dieser Bewertung ändert auch das sog. Altmark Trans-Urteil des EuGH[54] nichts. Dort hat der Gerichtshof zwar festgestellt, dass „die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Genehmigungen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen und mit Zuschüssen zur Finanzierung der Erfüllung dieser Verpflichtungen verbunden sind“[55]. Jedoch lässt sich hieraus nicht schließen, dass die Zahlung von Zuschüssen allein zum Ausschluss der Eigenwirtschaftlichkeit führt. Denn selbst wenn es sich nach dem vom EuGH zugrunde gelegten Ausgangspunkt nicht in Wirklichkeit um eine als eigenwirtschaftlich zu qualifizierende Verkehrsleistung gehandelt haben sollte, hebt der Gerichtshof jedenfalls ausdrücklich hervor, dass die Auferlegung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung und die Gewährung von Zuschüssen zu unterscheiden sind.

Zuschüsse, die ohne Auferlegung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung gewährt werden, führen auch nach der Rechtsprechung des EuGH nicht zu einer Qualifizierung als gemeinwirtschaftlich, sind aber an den Art. 87 ff. EG zu messen, ohne sich auf die vom EuGH für den Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen formulierte Herausnahme aus dem Beihilfebegriff berufen zu können[56].

Friederike Hoffmann-Klein/Rainer Noch, Die Vergabe von Leistungen im ÖPNV, DÖV 2002, S. 422 (423 f.).

[54] EuGH, Urt. v. 24. 7. 2003, NVwZ 2003, S. 1101 ff. – Altmark Trans.

[55] EuGH NVwZ 2003, S. 1101 Rdnr. 47 – Altmark Trans.

[56] Dies verkennen *Ulrich Tödtmann/Michael Schauer*, Aktuelle Rechtsfragen zum öffentlichen Personennahverkehr, NVwZ 2008, S. 1 (7).

In der Konsequenz bedeutet dies, dass die Zahlung von Zuschüssen an eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen erbringende Unternehmen grundsätzlich eine Beihilfe im Sinne von Art. 87 EG darstellt. Diese Feststellung mag zu der Einsicht führen, dass eine unschädliche Zuschusszahlung nur in begrenzten Ausnahmefällen, beispielsweise bei Vorliegen einer De-minimis-Beihilfe[57], angenommen werden kann. Dies aber hat das BVerwG nicht in Abrede gestellt, sondern lediglich darauf hingewiesen, dass die teilweise Finanzierung eines beabsichtigten Linienverkehrs durch gemeinschaftsrechtlich unzulässige Beihilfen nicht dazu führt, dass die Genehmigung nach § 13 PBefG versagt werden kann. Die Frage des Vorliegens einer mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbaren Beihilfe ist vielmehr ausschließlich in dem in den Art. 87 ff. EG vorgesehenen Verfahren zu prüfen.[58] An diesem Verhältnis von deutschem personenbeförderungsrechtlichem Genehmigungsverfahren und gemeinschaftsrechtlicher Beihilfenprüfung hat die VO 1370/2007 nichts geändert.

c) Keine Vergabepflichtigkeit kommerzieller Verkehre

Schließlich könnte auch nicht argumentiert werden, dass eine Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre nach § 13 PBefG wegen einer Pflicht zur Ausschreibung auch dieser Verkehrsdienstleistungen nicht mehr möglich sei und die Aufrechterhaltung der Unterscheidung von eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren deshalb des Sinnes entbehre. Dies gilt jedenfalls insoweit wie es sich um eigenwirtschaftliche im Sinne (zuschussfreier) kommerzieller Verkehre handelt.

---

[57] Siehe dazu die Verordnung (EG) Nr. 1998/2006 der Kommission vom 15. Dez. 2006 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis"-Beihilfen, ABL. Nr. L 379/5 v. 28. 12. 2006.

[58] BVerwG NVwZ 2007, S. 330 (332). So schon zuvor *Stefan Karnop*, Gestaltungsrahmen für den öffentlichen Personennahverkehr nach der Altmark-Entscheidung des EuGH, Verw. 38 (2005), S. 111 (116). Ablehnend *Felix Berschin/Michael Fehling*, Beihilfenrecht und Grundrechte als Motor für Wettbewerb im ÖPNV?, EuZW 2007, S. 263 (265 f.).

Art. 5 Abs. 1 VO 1370/2007 unterscheidet zwischen verschiedenen Formen der Beauftragung eines Unternehmens mit der Erbringung von Personenverkehrsdienstleistungen:

aa) Öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der VO 1370/2007

Ausweislich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 VO 1370/2007 werden öffentliche Dienstleistungsaufträge nach Maßgabe der VO 1370/2007 vergeben. Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 schreibt hierfür die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vor, sofern nicht eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 erfolgt und nicht einer der Fälle des Art. 5 Abs.e 4-6 VO 1370/2007 einschlägig ist.

Die Legaldefinition eines von diesen Vorschriften erfassten öffentlichen Dienstleistungsauftrags enthält Art. 2 lit. i VO 1370/2007. Für das Vorliegen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags reicht es danach nicht aus, dass der Betreiber eines öffentlichen Dienstes im Sinne von Art. 2 lit. d VO 1370/2007 durch Übereinkunft mit einer zuständigen Behörde mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten betraut wird. In Übereinstimmung mit dem Anwendungsbereich der VO 1370/2007 (vgl. o. III.1.b und 2.a) werden vielmehr nur solche Personenverkehrsdienste erfasst, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen. Etwas anderes kann auch nicht aus Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007 entnommen werden. Im Gegenteil hebt diese Vorschrift noch einmal ausdrücklich hervor, dass die Gewährung von ausschließlichen Rechten und/oder Ausgleichsleistungen durch die zuständige Behörde noch nicht zum Vorliegen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags führt. Erforderlich ist vielmehr, dass die Gewährung gerade für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erfolgt. In diesem Fall hat die Gewährung im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu erfolgen, dem eine Bündelungsfunktion zukommt[59].

---

[59] *Lorenz Wachinger*, Direktvergabe und Wettbewerb im Busverkehr nach der novellierten EU-Marktöffnungsverordnung, IR 2007, S. 265.

Die nicht unter die VO 1370/2007 fallenden kommerziellen Verkehre werden daher nicht von Art. 5 Abs. 1 VO 1370/2007 erfasst und unterliegen nicht den Vergaberegeln der Verordnung.[60]

bb) Der Vergabekoordinierungs- oder der Sektorenkoordinierungsrichtlinie unterfallende Dienstleistungsaufträge

Erfüllen Dienstleistungsaufträge oder öffentliche Dienstleistungsaufträge für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen die in den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG definierten Kriterien, so richtet sich das Vergabeverfahren nach diesen Richtlinien, nicht der VO 1370/2007 (Art. 5 Abs. 1 S. 2 und 3 VO 1370/2007). Dies bedingt, dass der in der Vergabekoordinierungsrichtlinie[61] verwendete Begriff des „Öffentlichen Dienstleistungsauftrags“ nicht mit dem in Art. 2 lit. i VO 1370/2007 verwendeten Begriff identisch ist.[62]

Nach Art. 1 Abs. 2 lit. d VKR sind „Öffentliche Dienstleistungsaufträge“ öffentliche Aufträge über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Anhang II zur VKR, die keine öffentlichen Bau- oder Lieferaufträge sind. Entsprechend definiert Art. 1 Abs. 2 lit. d der Sektorenkoordinierungsrichtlinie[63] „Dienstleistungsaufträge“ als Aufträge über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Anhang XVII zur SKR, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind. Voraussetzung ist also zunächst das Vorliegen eines öffentlichen Auf-

---

[60] *Winrich Ipsen*, Die EU-Verordnung 1370/07 und das Personenbeförderungsgesetz, Der Nahverkehr 6/2008, S. 20 (21).

[61] RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. Nr. L 134/114 v. 30.4.2004; im Folgenden: VKR.

[62] *Lorenz Wachinger*, Direktvergabe und Wettbewerb im Busverkehr nach der novellierten EU-Marktöffnungsverordnung, IR 2007, S. 265 (266).

[63] RL 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31. März 2004 über die Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. Nr. L 134/1 v. 30.4.2004; im Folgenden: SKR.

trags bzw. eines Auftrags. Dabei versteht Art. 1 Abs. 2 lit. a VKR unter öffentlichen Aufträgen zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen. Ähnlich definiert Art. 1 Abs. 2 lit. a SKR Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge als zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmern, Lieferanten oder Dienstleistern geschlossene entgeltliche schriftliche Verträge.

Zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien ist also in jedem Fall das Vorliegen eines zwischen Auftraggeber und Unternehmen geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Vertrags erforderlich.

α) Vorliegen eines Vertrages

Ein Vertrag wird nach allgemeinen Grundsätzen durch die durch übereinstimmende Willenserklärungen herbeigeführte Willenseinigung zweier Rechtssubjekte geschlossen. Hieran fehlt es, wenn das Rechtsverhältnis einseitig-hoheitlich bestimmt ist, selbst wenn der andere Teil mit dieser einseitigen Festsetzung einverstanden ist. Gleiches gilt, wenn die Leistungsgewährung nicht auf der Grundlage eines freiwilligen Vertragsschlusses beruht, sondern durch eine Rechtsnorm vorgeschrieben ist.

An einem solchen Vertrag fehlt es im Falle der Genehmigung kommerzieller (zuschussfreier) Verkehre nach § 13 PBefG.[64] Die Erteilung der Genehmigung stellt keinen freiwilligen Vertragsschluss dar, sondern ist in Erfüllung des Anspruchs des antragstellenden Unternehmens aus Art. 12 Abs. 1 GG

[64] *Rödl & Partner*, Novellierungserfordernisse im nationalen Personenbeförderungsrecht aufgrund der Verordnung (EG) 1370/2007, Berlin 2008, S. 78 f.; *Lorenz Wachinger*, Das Recht des Marktzugangs im ÖPNV, Berlin 2006, S. 439.

zwingend zu erteilen, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt sind (o. II.2.a).

β) Kriterium der Entgeltlichkeit

Der Begriff der Entgeltlichkeit ist weit zu verstehen und nicht auf die Zahlung eines Geldbetrags beschränkt. Ausreichend ist vielmehr jeder vom Unternehmer für seine Leistung erlangte geldwerte Vorteil.[65] Entgeltlich ist daher z. B. auch ein Vertrag, durch den sich der Auftraggeber zur Überlassung von Gütern oder Grundstücken an den Unternehmer verpflichtet, wenn der Unternehmer durch die Verwertung dieser Güter Einnahmen zu erzielen beabsichtigt.[66] Gleiches gilt für den Verzicht des Auftraggebers auf die Geltendmachung einer Forderung gegen den Auftragnehmer[67].

Kein konstitutives Merkmal der Entgeltlichkeit ist eine Gewinnerzielungsabsicht des Auftragnehmers.[68] Daher sind auch Verträge, die dem Auftragnehmer eine bloße Kostenerstattung gewähren, entgeltlich, und zwar auch dann, wenn die Erstattung nicht alle Kosten abdeckt[69]. Die Grenze zur Unentgeltlichkeit wird erst dann überschritten, wenn der Unternehmer seine Leistung ohne Gewährung einer geldwerten Gegenleistung oder zumindest die Einräumung der Möglichkeit, sich anderweitig zu refinanzieren, erbringt.

Ein öffentlicher Auftrag im engeren Sinne, d. h. in Abgrenzung zur Konzession, liegt nur vor, wenn die Gegenleistung, die der Unternehmer erhält, im Wesentlichen vom Auftraggeber stammt. Das hat die Kommission bereits in ihrer Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemein-

---

[65] BayObLG VergabeR 2003, S. 329 (330 f.); OLG Düsseldorf NZBau 2004, S. 398 (399); OLG Naumburg NZBau 2006, S. 58 (62).

[66] BGH NZBau 2005, S. 290 (293).

[67] EuGH Slg. 2001, S. I-5409 Rdnr. 79 ff. – Teatro alla Bicocca.

[68] OLG Naumburg NZBau 2006, S. 58 (62).

[69] Vgl. für den Begriff der Dienstleistung nach Art. 50 EGV EuGH Slg. 1988, S. 5365 Rdnr. 19 – Humbel; 1993, S. I-6447 Rdnr. 15 – Wirth; 2001, S. I-5473 Rdnr. 50 ff. – Smits und Peerbooms.

schaftsrecht aus dem Jahre 2000 klargestellt.[70] In Übereinstimmung damit hat der EuGH ausgeführt: „Der entgeltliche Charakter des Vertrages bezieht sich auf die Gegenleistung der *öffentlichen Verwaltung* für die Ausführung von Bauvorhaben".[71]

Danach fehlt es bei (zuschussfreien) kommerziellen Verkehren unzweifelhaft an der Entgeltlichkeit in diesem Sinne.[72] Die über Beförderungsentgelte erfolgende Refinanzierung der Beförderungsleistungen wird nicht vom Aufgabenträger erbracht.

cc) Dienstleistungskonzessionen

Im Unterschied zum (öffentlichen) Auftrag im engeren Sinne stammt bei der Konzession die Gegenleistung gerade nicht vom öffentlichen Auftraggeber, jedenfalls nicht in einem Umfang, der dem Konzessionär das wirtschaftliche Risiko abnehmen würde. Während die Entgeltlichkeit beim öffentlichen Auftrag durch eine Leistung des Auftraggebers an den Auftragnehmer im Rahmen eines zweipoligen „Entgeltlichkeitsverhältnisses" hergestellt wird, liegt bei der Konzession strukturell ein dreipoliges „Entgeltlichkeitsverhältnis" zwischen Auftraggeber, Auftragnehmer und einem an den Auftragnehmer leistenden Dritten vor.

Dementsprechend definiert Art. 1 Abs. 1 VKR bzw. Art. 1 Abs. 3 lit. b SKR die Dienstleistungskonzession als Vertrag, der von einem (öffentlichen) Dienstleistungsauftrag nur insoweit abweicht, wie die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises be-

---

[70] ABl. Nr. C 121/2 v. 29.4.2000, dort sub 2.1.2. Ebenso *Kay Hailbronner*, in: Byok/Jäger (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. Frankfurt/M. 2005, § 99 GWB Rdnr. 456; *Thomas Stickler*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 2. Aufl. Köln 2003, § 99 GWB Rdnr. 5.

[71] EuGH Slg. 2001, S. I-5409 Rdnr. 77 – Teatro alla Bicocca (Hervorhebung durch den Verf.).

[72] *Oliver Wittig/Peter Schimanek*, Sondervergaberecht für Verkehrsdienstleistungen, NZBau 2008, S. 222 (223).

steht. Die eigentliche Gegenleistung des öffentlichen Auftraggebers gegenüber dem Konzessionär besteht in der Einräumung eines Nutzungsrechts, ggf. zuzüglich der Zahlung eines Preises. Die Verwertung dieses Nutzungsrechts gegenüber einem Dritten führt dann zur Zahlung des schließlich dem Konzessionär zufließenden Entgelts.

Der Begriff der Dienstleistungskonzession wird zwar in den gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien definiert, jedoch sind die Richtlinien auf Dienstleistungskonzessionen nicht anzuwenden (Art. 17 VKR, Art. 18 SKR). Hieraus zieht Art. 5 Abs. 1 S. 2 VO 1370/2007 die Konsequenz, dass Dienstleistungskonzessionen, die öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen betreffen, nach den Regeln der VO 1370/2007 vergeben werden.

Bei Anlegung dieser Maßstäbe handelt es sich bei der Genehmigung kommerzieller Verkehre nicht um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession.[73] Ausweislich der wiedergegebenen Begriffsbestimmungen in VKR und SKR muss es sich zum einen auch bei der Dienstleistungskonzession um einen Vertrag handeln. Hieran fehlt es bei der Genehmigung kommerzieller (zuschussfreier) Verkehre nach § 13 PBefG[74] (vgl. o. III.2.c.bb.α). Zum anderen setzt das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession voraus, dass dem Konzessionär vom Konzessionsgeber ein Nutzungsrecht eingeräumt wird. Eine solche Rechtseinräumung erfolgt bei der Genehmigung kommerzieller Verkehre nicht.[75] Die Beantragung der Genehmigung erfolgt vielmehr in Initiative

---

[73] A. M. wohl *Stefanie Albrecht/Ulrich Gabriel*, Die geplante neue EU-Verordnung zum ÖPNV, DÖV 2007, S. 907 (913), die unzulässigerweise den durch die Vergaberichtlinien definierten Begriff der Dienstleistungskonzession unter Rückgriff auf Art. 2 lit. i VO 1370/2007 ausfüllen; *Oliver Wittig/Peter Schimanek*, Sondervergaberecht für Verkehrsdienstleistungen, NZBau 2008, S. 222 (224), die übersehen, dass der Risikotransfer allein nicht für die Annahme einer Dienstleistungskonzession ausreicht.

[74] *Winrich Ipsen*, Die EU-Verordnung 1370/07 und das Personenbeförderungsgesetz, Der Nahverkehr 6/2008, S. 20 (21).

[75] *Winrich Ipsen*, Die EU-Verordnung 1370/07 und das Personenbeförderungsgesetz, Der Nahverkehr 6/2008, S. 20 (21); *Stefan Karnop*, Der Anwendungsbereich der Vergabebestimmungen der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/07 im deut-

des Verkehrunternehmers, die Erteilung der Genehmigung stellt lediglich dessen grundrechtlich gewährleisteten Freiheitsraum wieder her (vgl. o. II.2.a.aa). Die Genehmigungspflicht soll allein die vorherige Prüfung des Vorliegens der Genehmigungsvoraussetzungen im Genehmigungs*verfahren* sicherstellen (vgl. o. II.2.a). Wird die Genehmigung erteilt, erhält der Antragsteller also *materiell* nicht mehr als ihm nach der Rechtslage ohnehin zusteht.

3. Zwischenergebnis

Die Analyse der VO 1370/2007 zeitigt folgende Ergebnisse:

- Die Erbringung von Leistungen des Personenverkehrs im Wege der kommerziellen Verkehre, d. h. allein unter Marktbedingungen, hat zwingend den Vorrang vor der Leistungserbringung unter Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen. Den Mitgliedstaaten steht insoweit kein Wahlrecht zu. Gegenüber Relativierungen dieses Vorrangs beispielsweise durch die Einräumung von Ermessen setzt sich der Anwendungsvorrang der VO 1370/2007 durch. Darüber hinaus sind derartige Relativierungen als Abweichungen vom Geltungsanspruch der Verordnung gemeinschaftsrechtlich unzulässig.
- Ein Abrücken vom Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre im Sinne von § 8 Abs. 4 PBefG ist daher nicht nur nicht geboten, sondern im Gegenteil gemeinschaftsrechtlich unzulässig. Das in § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG verwendete Verständnis des Begriffs der Eigenwirtschaftlichkeit wird durch die VO 1370/2007 nicht beeinflusst.

---

schen Personennahverkehr, Verkehr und Technik 2008, S. 299 (302); *Lorenz Wachinger*, Das Recht des Marktzugangs im ÖPNV, Berlin 2006, S. 387 Fußn. 2421. A. M. *Rödl & Partner*, Novellierungserfordernisse im nationalen Personenbeförderungsrecht aufgrund der Verordnung (EG) 1370/2007, Berlin 2008, S. 88, die vom Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe unzutreffenderweise auf die Übertragung eines Nutzungsrechts schließen.

- Allerdings ist zu beachten, dass die Zahlung von Zuschüssen bei der eigenwirtschaftlichen Erbringung von Verkehrsdienstleistungen dazu führen kann, dass eine nach Art. 87 EG mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe vorliegt. Darüber hinaus stellen nur zuschussfreie eigenwirtschaftliche Verkehrsdienstleistungen eindeutig weder nach der VO 1370/2007 vergabepflichtige öffentliche Dienstleistungsaufträge oder Dienstleistungskonzessionen noch den gemeinschaftsrechtlichen Vergabekoordinierungsrichtlinien unterfallende (öffentliche) Aufträge dar. Zur Vermeidung von Systembrüchen könnte daher erwogen werden, den Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit nach § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG auf kommerzielle im Sinne zuschussfreier Verkehre zu beschränken.

IV. Verfassungsrechtliche Probleme einer Aufgabe des Vorrangs eigenwirtschaftlicher Verkehre

Für die Zwecke der folgenden Prüfung wird unterstellt, dass die vorstehend dargestellte Intention der VO 1370/2007 nicht beachtet wird. Zu einer solchen Nichtbeachtung kann es in mehreren Fällen kommen:

- Zum einen könnte der Vorrang eigenwirtschaftlicher bzw. kommerzieller Verkehre durch eine Novellierung des Personenbeförderungsgesetzes beseitigt werden. In diesem Fall würden kommerzielle Verkehrsleistungen und gemeinwirtschaftliche Leistungen gleichberechtigt nebeneinander stehen – mit der Folge, dass die zuständige Behörde in jedem Einzelfall wählen könnte, ob sie kommerziellen Verkehrsleistungen oder einer Direktvergabe an eine interne Einheit nach Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 den Vorzug gibt (dazu unten IV.1).
- Zum anderen könnte über eine solche Beseitigung des Vorrangs eigenwirtschaftlicher bzw. kommerzieller Verkehre hinaus bereits auf gesetzlicher Ebene eine Priorisierung der in Art. 5 Abs. 2 der Verordnung genannten Direktvergabe an eine der Kontrolle der Behörde unterliegende rechtlich getrennte Einheit erfolgen. Die kommerziellen Verkehre wären in diesem Fall nur noch nachrangig zulässig (dazu unten IV.2).
- Schließlich könnte der Gesetzgeber das von der VO 1370/2007 zugrunde gelegte Verhältnis von kommerziellen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren verkennen und die Priorität kommerzieller Verkehre außer acht lassen.

Für die verfassungsrechtliche Prüfung handelt es sich insoweit um unterschiedliche Fragen, die getrennt voneinander zu untersuchen sind. Zu beachten ist, dass Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 im Kollisionsfall dem nationalen Recht den Vorrang einräumt: Soweit Verfassungsrecht einer Direktvergabe

an eine interne Einheit entgegensteht, stehen die Möglichkeiten des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung nicht zur Verfügung.[76]

1. Im Einzelfall auszuübendes Wahlrecht der Behörde zwischen kommerziellen Verkehrsleistungen und Direktvergabe an eine interne Einheit

Für die Prüfung, ob deutsches Recht einem im Einzelfall auszuübenden behördlichen Wahlrecht zwischen kommerziellen Verkehrsleistungen und der Direktvergabe an eine rechtlich getrennte Einheit entgegensteht, stehen verschiedene Prüfungsmaßstäbe zur Verfügung, nämlich die Grundrechte der kommerzielle Verkehrsleistungen anbietenden Verkehrsunternehmen (dazu unten IV. 1.a) und andere, insbesondere haushaltsrechtliche Normen (dazu unten IV.1.b).

a) Grundrechte der Verkehrsunternehmen

aa) Grundrecht aus Art. 12 GG

Als Grundrecht, das durch ein im Einzelfall auszuübendes behördliches Wahlrecht zwischen kommerziellen Verkehrsleistungen und der Direktvergabe an eine rechtlich getrennte Einheit verletzt sein könnte, kommt zunächst das Grundrecht kommerzielle Verkehrsleistungen anbietender Unternehmen aus Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht.

α) Eröffnung des Schutzbereichs

In seiner abwehrrechtlichen Dimension ermöglicht Art. 12 Abs. 1 GG es dem Einzelnen, zur materiellen Sicherung seiner individuellen Lebensgrundlagen

[76] Dies übersehen beispielsweise *Oliver Wittig/Peter Schimanek*, Sondervergaberecht für Verkehrsdienstleistungen, NZBau 2008, S. 222 (225).

seine Persönlichkeit frei zu entfalten.[77] Geschützt ist der freie Entschluss des Grundrechtsberechtigten, eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit in dem gewählten Beruf zu ergreifen, beizubehalten und aufzugeben.[78] Der persönliche Schutzbereich erstreckt sich auch auf inländische juristische Personen des Privatrechts[79], nicht aber auf juristische Personen des öffentlichen Rechts[80]. Private Verkehrsunternehmen können sich daher unabhängig von ihrer Rechtsform auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen.

Zentraler Begriff für die Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs ist der des Berufs. Unter einem Beruf im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG ist die auf Dauer angelegte Tätigkeit zu verstehen, die auf Erwerb gerichtet ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.[81] Welche Tätigkeiten danach „Berufe“ sind, muss nicht rechtlich vorgeprägt oder traditionell akzeptiert sein. Sofern die genannten Merkmale erfüllt sind, fallen auch untypische Tätigkeiten unter Art. 12 Abs. 1 GG.[82] Greift der Gesetzgeber formend auf ein Berufsbild zu, muss er gewachsenen realen Unterschieden in den Erscheinungsformen beruflicher Tätigkeiten Rechnung tragen.[83]

Danach kann es keinerlei Zweifeln unterliegen, dass im Bereich der Erbringung kommerzieller Verkehrsleistungen die Tätigkeit des selbständigen, eigenverantwortlich initiativen und für die Leistungserbringung zuständigen sowie auf eigenes Risiko handelnden Verkehrsunternehmers „Beruf“ im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG ist.[84] Hiervon verschieden ist die Tätigkeit eines pri-

---

[77] BVerfGE 63, S. 266 (286); 81, S. 242 (254); 101, S. 331 (347).

[78] BVerfGE 84, S. 133 (146).

[79] BVerfGE 106, S. 275 (298); BVerfG NVwZ 2006, S. 1041 (1042).

[80] Vgl. BVerfGE 45, S. 63 (78).

[81] BVerfGE 54, S. 301 (313); 97, S. 228 (252 f.); 102, S. 197 (212); BVerfG NVwZ 2006, S. 1041 (1042); DVBl. 2006, S. 625.

[82] Vgl. BVerfGE 7, S. 377 (397); 9, S. 39 (48); BVerwGE 94, S. 269 (277).

[83] BVerfGE 10, S. 185 (197); 13, 97 (106); 54, S. 301 (326); 78, S. 179 (193); 106, S. 62 (116 ff.).

[84] Dies setzen auch die Ausarbeitung von *Christian Zentner*, EG-Nahverkehrsverordnung (EG VO 1370/07) und Berufsfreiheit privater Anbieter von ÖPNV-Leistungen, 2008, S. 6 ff., für die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages und das Rechtsgutachten von *Rödl & Partner*, Novellie-

mär als Unterauftragnehmer eines Verkehrsunternehmers tätig werdenden Transporteurs.[85] Insoweit handelt es sich um zwei verschiedene Berufe.

Art. 12 Abs. 1 GG gewährt im Grundsatz bereits schutzbereichlich keinen Schutz vor Konkurrenz. Da Art. 12 Abs. 1 GG allen privaten Wettbewerbsteilnehmern in gleichem Maße die Wettbewerbsfreiheit gewährt, kann das Gebrauchmachen von dieser Wettbewerbsfreiheit – wodurch die Konkurrenz zu anderen Wettbewerbsteilnehmern überhaupt erst entsteht – nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstoßen.[86] Dies gilt nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte auch für die Konkurrenz durch die öffentliche Hand. Ein Schutz aus Art. 12 Abs. 1 GG vor der öffentlichen Hand als Marktkonkurrent wird lediglich dann anerkannt, wenn dadurch die private wirtschaftliche Betätigung unmöglich gemacht oder unzumutbar eingeschränkt wird.[87]

Allerdings kommt es hierauf für die vorliegend zur Beurteilung stehende Konstellation zur Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs des Art. 12 Abs. 1 GG nicht an. Denn in der Fallgestaltung, dass der Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre durch eine Novellierung des Personenbeförderungsgesetzes beseitigt würde, mit der Folge, dass die zuständige Behörde in jedem Einzelfall zwischen einer Bedarfsbefriedigung durch kommerzielle Verkehrsleistungen und einer Direktvergabe an eine interne Einheit wählen könnte, handelt es sich nicht lediglich um das Hinzutreten eines öffentlichen Unternehmens als Konkurrent zum Markt. Vielmehr wird der öffentlichen Hand bereits die Entscheidung darüber eingeräumt, ob privaten Verkehrsunternehmen überhaupt ein Markt eröffnet wird. Zur Beurteilung steht also nicht eine Konkurrenzsituation zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen, sondern ein staatlicher- oder kommunalerseits einseitig verhängbarer Marktausschluss

---

rungserfordernisse im nationalen Personenbeförderungsrecht aufgrund der Verordnung (EG) 1370/2007, Berlin 2008, S. 103 ff., voraus.

[85] Vgl. *Frank Wenzel/Pia Denzin/Wolfgang Siederer*, Ausschreibungs- und Genehmigungswettbewerb für ÖPNV-Leistungen, LKV 2008, S. 18 (21), die plastisch zwischen dem „kreativsten Unternehmer“ und dem „günstigsten Lohnkutscher“ unterscheiden.

[86] BVerfGE 34, S. 252 (256); 55, S. 261 (269); 93, S. 362 (370); 94, S. 372 (395).

[87] BVerwGE 39, S. 329 (337); BVerwG DÖV 1996, S. 250.

der Privaten. Insoweit ist die Situation der durch eine behördliche Maßnahme herbeigeführten Monopolstellung zumindest vergleichbar[88]. Der sachliche Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG ist daher offensichtlich eröffnet.

An diesem Ergebnis würde sich auch dann nichts ändern, würde man – in Verkennung der rechtlichen Qualität des Wahlrechts der Behörde – die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 12 Abs. 1 GG am Maßstab der für das Hinzutreten eines öffentlichen Unternehmens als Konkurrenten geltenden Grundsätze messen. Hierbei wird in der Diskussion um die Wirkungen der VO 1370/2007 immer wieder verkannt[89], dass ein von öffentlichen Unternehmen zu Lasten Privater geführter Verdrängungswettbewerb nur eine Ausprägung einer dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG unterfallenden unzumutbaren Wettbewerbseinschränkung durch Konkurrenz der öffentlichen Hand darstellt.

Andere anerkannte Fallgruppen sind beispielsweise die Nutzung von spezifischen Strukturvorteilen oder die Innehabung eines rechtlichen oder faktischen Monopols durch die öffentliche Hand.[90] Beide Fallgruppen dürften vorliegend einschlägig sein:

- Für die Fallgruppe des Einsatzes nur der öffentlichen Hand zu Gebote stehender Vorteile ist dies eindeutig. Verfügt die öffentliche Hand über das in jedem Einzelfall ausübbare Wahlrecht, ob sie ein privates Verkehrsunternehmen zum Zuge kommen lässt oder ein eigenes Unternehmen mit der Erbringung der Verkehrsleistungen beauftragt, so

---

[88] Zur Eröffnung des Grundrechtsschutzes bei einer durch eine behördliche Maßnahme herbeigeführten Monopolstellung vgl. BVerwGE 17, S. 306 (314); 39, S. 329 (337); BVerwG DÖV 1970, S. 823 (824 f.); 1996, S. 250; *Bodo Pieroth/Bernd J. Hartmann*, Grundrechtsschutz gegen wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, DVBl. 2002, S. 421 ff.

[89] Etwa von *Rödl & Partner*, Novellierungserfordernisse im nationalen Personenbeförderungsrecht aufgrund der Verordnung (EG) 1370/2007, Berlin 2008, S. 108 ff.

[90] Vgl. nur *Gerrit Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 5. Aufl. München 2005, Art. 12 Rdnr. 83; *Rupert Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, München, Stand: 2007, Art. 12 Rdnr. 412; *Jan Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, München 2007, § 7 Rdnr. 59 ff.

nutzt sie zugunsten des eigenen Unternehmens einen instrumentellen Vorteil, über den nur sie selbst verfügt. Sie kann den Wettbewerb nach Belieben ausschalten oder zulassen.

- Auch die Annahme eines faktischen Monopols dürfte begründbar sein. Denn hinter dieser Fallgruppe steht die Überlegung, dass eine Konkurrenz durch öffentliche Unternehmen nur deshalb nicht vom Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG erfasst ist, weil ein sich im Wettbewerb betätigendes Unternehmen nicht vor dem Wettbewerb anderer Unternehmen bewahrt werden soll: Art. 12 Abs. 1 GG konstituiert den Wettbewerb und schützt nicht vor ihm.[91] Liegt aber kein Handeln der öffentlichen Hand im Wettbewerb, d. h. in der Konkurrenz mit privaten Unternehmen vor, weil die öffentliche Hand selbst einen Wettbewerb auf diesem Markt ausschließt, so geht es – um im Bild zu bleiben – gerade um den Schutz des Wettbewerbs selbst. Daher wird man die allein der öffentlichen Hand eingeräumte Entscheidungsoption, ob sie einen bestimmten Dienstleistungsbereich durch Direktvergabe an ein eigenes Unternehmen dem Markt entzieht, als eine den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eröffnende Situation faktischer Monopolisierbarkeit ansehen müssen.

Doch selbst wenn man unzulässigerweise annehmen würde, es komme allein darauf an, ob privaten Verkehrsunternehmen ihre berufliche Betätigung unmöglich gemacht wird, würde vorliegend eine unzumutbare Wettbewerbseinschränkung durch Konkurrenz der öffentlichen Hand zu bejahen sein.[92] Denn es kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass Direktvergaben an öffentliche Verkehrsunternehmen nicht Einzelerscheinungen

---

[91] Vgl. BVerfGE 7, 377 (408); 34, 252 (256); 55, 261 (269).

[92] *Matthias Knauff*, Der Kommissionsvorschlag für eine Novelle der VO 1191/69, DVBl. 2006, S. 339 (346 f.). Auch nach der unzutreffenden restriktiven Betrachtung von *Rödl & Partner*, Novellierungserfordernisse im nationalen Personenbeförderungsrecht aufgrund der Verordnung (EG) 1370/2007, Berlin 2008, S. 109 f., sind derartige Konstellationen nicht auszuschließen. Offengelassen von *Christian Zentner*, EG-Nahverkehrsverordnung (EG VO 1370/07) und Berufsfreiheit privater Anbieter von ÖPNV-Leistungen, 2008, S. 7

bleiben, sondern in größerem Umfang vorgenommen werden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob tatsächlich flächendeckend das Wahlrecht zugunsten der internen Betreiber ausgeübt werden wird oder nicht.[93] Zum einen liegt es allein bei den zuständigen Behörden, ob eine solche Entwicklung eintritt oder nicht. Der Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG greift nicht erst dann ein, wenn die wirtschaftliche Existenz der privaten Grundrechtsträger bereits vernichtet ist, sondern soll gerade diese Entwicklung verhindern. Zum anderen würde den privaten Verkehrsunternehmen auch unterhalb der Ebene einer vollständigen Marktschließung ihre berufliche Betätigung bereits dann unmöglich gemacht, wenn das fragliche Wahlrecht eine nachhaltige Kalkulation der Rentabilität des eigenen Betriebes verhindert. Solange das private Unternehmen wegen des Wahlrechts der Behörde nicht weiß, welche Märkte ihm für eine eigene berufliche Betätigung offen stehen werden, solange ist eine sinnvolle Führung eines wirtschaftlichen Betriebs nur auf äußerst zurückgezogener Linie möglich.

β) Vorliegen eines Grundrechtseingriffs

Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG sind zunächst die sog. klassischen Grundrechtseingriffe, also Ge- und Verbote, die unmittelbar und final zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führen[94]. Ein solcher unmittelbarer Eingriff dürfte bei der Ausübung des behördlichen Wahlrechts zugunsten einer Direktvergabe an eine interne Einrichtung nicht vorliegen.

Jedoch können auch nur mittelbare bzw. faktische Beeinträchtigungen einen Grundrechtseingriff darstellen. Dies gilt für solche Regelungen, die zwar nicht final oder unmittelbar auf die Berufsfreiheit einwirken, jedoch in engem Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufs stehen und objektiv eine be-

---

[93] So aber wohl *Rödl & Partner*, Novellierungserfordernisse im nationalen Personenbeförderungsrecht aufgrund der Verordnung (EG) 1370/2007, Berlin 2008, S. 109.

[94] Zu diesem Begriff des klassischen Grundrechtseingriffs BVerfGE 105, S. 279 (300).

rufsregelnde Tendenz deutlich erkennen lassen.[95] Die fragliche Maßnahme muss in ihrer Zielsetzung und Wirkung einem klassischen Eingriff gleichkommen und darf nicht lediglich mittelbare Folgen als bloßen Reflex erzeugen.[96] Dabei ist es nicht erforderlich, dass die grundrechtlich geschützte Tätigkeit ganz oder teilweise unterbunden wird. Es genügt, dass sie auf Grund der staatlichen Maßnahme nicht mehr in der gewünschten Weise ausgeübt werden kann.[97]

Gemessen an diesen Maßstäben würde es sich bei der Ausübung des genannten Wahlrechts durch kommunale Stellen zugunsten einer Direktvergabe an einen internen Betreiber nicht um eine bloße Veränderung von allgemeinen Rahmenbedingungen handeln, die u. U. auch Rückwirkungen auf die berufliche Tätigkeit privater Verkehrsunternehmen zeitigt. Vielmehr werden an der Erbringung der betreffenden Verkehrsleistungen interessierte private Unternehmen von dieser gewünschten beruflichen Betätigung durch die Entscheidung der Behörde unmittelbar ausgeschlossen. Die Ausübung des Wahlrechts stellt sich daher als Maßnahme mit objektiv berufsregelnder Tendenz dar, die in Zielrichtung und Wirkung einem Eingriff durch Verbot ohne Weiteres gleichzusetzen ist. Dass das behördliche Wahlrecht zu einer unzumutbaren Verkürzung der beruflichen Betätigung privater Verkehrsunternehmen führt, ist bereits dargelegt worden (oben IV.1.a.aa.α).

γ) Grundrechtsschranken

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit[98], so dass so-

---

[95] BVerfGE 13, S. 181 (186); 38, S. 61 (79); 75, S. 108 (153 f.); 95, S. 267 (302); 98, S. 83 (97).

[96] BVerfG NJW 2007, S. 51 (54).

[97] *Rupert Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, München, Stand: 2007, Art. 12 Rdnr. 301 m. w. N.

[98] BVerfGE 7, S. 377 (401 f.); 33, S. 303 (329 f.); 92, S. 140 (151); 101, S. 331 (346).

wohl die Berufswahl als auch die Berufsausübung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden kann[99].

Für die Prüfung, ob eine Grundrechtsbeeinträchtigung den Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit genügt, hat das Bundesverfassungsgericht allerdings die Unterscheidung zwischen Berufswahl und Berufsausübung aufgenommen und in die Form der sog. Drei-Stufen-Lehre gebracht:

- Berufsausübungsregelungen betreffen das „Wie“ der beruflichen Betätigung, also ihre sämtlichen Modalitäten. Sie sind bereits dann verhältnismäßig, wenn sie durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls legitimiert werden sowie zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sind.[100]
- Subjektive Berufswahlregelungen machen das „Ob“ der Aufnahme eines bestimmten Berufs von der Erfüllung von Voraussetzungen abhängig, die persönliche Eigenschaften oder Fähigkeiten oder Leistungen des Einzelnen betreffen. Solche Zulassungsvoraussetzungen sind nur dann verhältnismäßig, wenn sie dem Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen.[101]
- Unter objektiven Berufswahlregelungen sind Voraussetzungen für die Zulassung zu einem Beruf zu verstehen, auf deren Erfüllung der Einzelne keinen Einfluss hat. Ihre Rechtfertigung verlangt, dass sie der Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut dienen.[102]

Im Sinne dieser Stufung handelt es sich bei der Ausübung des behördlichen Wahlrechts im Einzelfall zugunsten einer Direktvergabe an einen internen

---

[99] BVerfGE 7, S. 377 (402 f.); 33, S. 303 (336); 54, S. 237 (245 f.).

[100] BVerfGE 7, S. 377 (405 f.); 61, S. 291 (312); 68, S. 272 (282); 93, S. 362 (369); 106, S. 181 (192).

[101] BVerfGE 13, S. 97 (107); 19, S. 330 (337); 69, S. 209 (218); 73, S. 301 (316); 93, S. 213 (235).

[102] BVerfGE 7, S. 377 (407 f.); 11, S. 168 (183); 40, S. 196 (218); 84, S. 132 (151); 97, S. 12 (32).

Betreiber um eine auf der Stufe der Berufsausübungsregelung ansetzende Maßnahme. Denn die einzelne Maßnahme betrifft nicht das „Ob“ der Ausübung des Berufs als privates Verkehrsunternehmen, sondern nur eine Ausübungsmodalität, nämlich die Möglichkeit, bestimmte Personenverkehrsdienste im Wege eines kommerziellen Verkehrs zu bedienen.

Doch ist zu beachten, dass die drei dargestellten Markierungen in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr strikt voneinander getrennte Prüfungsstufen, sondern Vergleichswerte für die Wirkungsintensität beeinträchtigender Maßnahmen darstellen, an denen die jeweils in Rede stehende Maßnahme in ihrer Wirkung zu messen ist. Das Ergebnis dieses Vergleichs bestimmt dann die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung.[103] Dementsprechend kommen Berufsausübungsregelungen, die auf das „Ob“ der Weiterführung des Berufs zurückwirken, in ihren Wirkungen einer Berufswahlregelung gleich und sind den für diese geltenden Anforderungen an die Rechtfertigung des Eingriffs zu unterwerfen bzw. zumindest anzunähern.[104]

In Anbetracht dieser von der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe handelt es sich bei dem Wahlrecht zugunsten einer Direktvergabe an einen internen Betreiber um eine Berufsausübungsregelung mit den Wirkungen einer objektiven Berufswahlregelung. Die Möglichkeit der öffentlichen Hand, private Unternehmen vom Markt ausschließen zu können und damit den betreffenden Bereich partiell zu monopolisieren, entspricht den typischen Wirkungen einer objektiven Berufswahlregelung.

Ein behördliches Wahlrecht zugunsten einer Direktvergabe an einen internen Betreiber wäre daher nur dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn es der Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut dienen würde.[105] Ein solches

---

[103] Dazu *Peter J. Tettinger/Thomas Mann*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. München 2007, Art. 12 Rdnr. 114 ff. m. w. N.

[104] Vgl. nur BVerfGE 61, S. 291 (311); 77, S. 84 (106); 82, S. 209 (230)

[105] So auch *Rödl & Partner*, Novellierungserfordernisse im nationalen Personenbeförderungsrecht aufgrund der Verordnung (EG) 1370/2007, Berlin 2008, S. 110;

Gemeinschaftsgut, zu dessen Schutz vor zumindest höchstwahrscheinlichen schweren Gefahren es des Wahlrechts bedürfte, ist nicht erkennbar:

- Es darf Einigkeit darüber konstatiert werden, dass die Sicherung des Bestandes kommunaler Verkehrsunternehmen, die im Wege der Direktvergabe von dem Wahlrecht profitieren könnten, kein überragendes wichtiges Gemeinschaftsgut im genannten Sinne darstellt.[106]

- Im Ergebnis nichts anderes gilt für die Sicherung der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Personennahverkehrs. Keineswegs ist es hierfür erforderlich, dass die öffentliche Hand die Verkehrsbedarfe gerade durch eigene Verkehrsunternehmen befriedigt, weil es sonst im Falle eines Ausfalls privater Anbieter u. U. sehr lange dauern und beträchtliche finanzielle Anstrengungen verlangen würde, eines die Aufgabe wieder übernehmendes kommunales Verkehrsunternehmen aufzubauen.[107] Mit dieser Argumentation könnte einer vollständigen Verstaatlichung sämtlicher Wirtschaftszweige das Wort geredet werden. So ist eine ausreichende Lebensmittelversorgung der Bevölkerung ohne Zweifel ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut, ohne dass der Staat deshalb berechtigt wäre, ohne Vorliegen einer Krise die Lebensmitteldistribution an sich zu ziehen.

  Gegen die Annahme, dass ohne ein behördliches Wahlrecht zugunsten einer Eigenerbringung oder Direktvergabe an einen internen Betreiber eine *höchstwahrscheinliche schwere* Gefahr für die Sicherung der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Personennahverkehrs entstehen würde, spricht bereits, dass nicht einmal die Anzeichen einer Gefahr unter dem auf dem Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkeh-

---

Christian Zentner, EG-Nahverkehrsverordnung (EG VO 1370/07) und Berufsfreiheit privater Anbieter von ÖPNV-Leistungen, 2008, S. 7

[106] *Matthias Knauff*, Der Kommissionsvorschlag für eine Novelle der VO 1191/69, DVBl. 2006, S. 339 (347).

[107] So aber *Christian Zentner*, EG-Nahverkehrsverordnung (EG VO 1370/07) und Berufsfreiheit privater Anbieter von ÖPNV-Leistungen, 2008, S. 8.

> re beruhenden gegenwärtigen System des Personenbeförderungsgesetzes erkennbar sind.
>
> Darüber hinaus bedürfte es zur Abwehr einer solchen Gefahr nicht einer fakultativen Erfüllungsverantwortung des Staates bzw. der Kommunen. Wie § 1 Abs. 1 RegG formuliert, ist nicht die Eigenerbringung, sondern die *Sicherstellung* einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr die einschlägige Aufgabe der Daseinsvorsorge. In Rede steht also lediglich eine Gewährleistungsverantwortung, mit Hilfe der zu Gebote stehenden Mittel die Erbringung der Verkehrsleistungen sicherzustellen. Insoweit gebietet die zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs notwendige Erforderlichkeit der Maßnahme, dass kein milderes Mittel als der Entzug beruflicher Betätigungsmöglichkeiten zu Lasten der privaten Verkehrsunternehmen zur Erreichung des Ziels besteht. Ein gleichwirksames milderes Mittel, das die VO (EG) Nr. 1370/2007 ausdrücklich zur Verfügung stellt, ist die Zahlung von Ausgleichsleistungen an private Verkehrsunternehmen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen.[108]

Da ein behördliches Wahlrecht zwischen der Beauftragung privater Unternehmen und der Selbsterbringung bzw. Direktvergabe an einen internen Betreiber schon nicht der Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut dient, kommt es auf eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne nicht mehr an. Insoweit sei nur der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen, dass sich die festgestellte Verfassungswidrigkeit nicht dadurch ausräumen ließe, dass der im Wege der Direktvergabe beauftragte interne Betreiber verpflichtet würde, seinerseits Verkehrsdienstleistungen im Wege des Unterauftrags an private Verkehrsunternehmen zu vergeben.[109] Die Verfassungs-

---

[108] *Rödl & Partner*, Novellierungserfordernisse im nationalen Personenbeförderungsrecht aufgrund der Verordnung (EG) 1370/2007, Berlin 2008, S. 112.

[109] *Matthias Knauff*, Der Kommissionsvorschlag für eine Novelle der VO 1191/69, DVBl. 2006, S. 339 (347). A. M. *Rödl & Partner*, Novellierungserfordernisse im

widrigkeit einer Maßnahme mit den Wirkungen einer Berufswahlregelung kann nicht dadurch beseitigt werden, dass der Grundrechtsberechtigte darauf verwiesen wird, er könne ja einen anderen Beruf ergreifen (zu den unterschiedlichen Berufen des privaten Verkehrsunternehmers und des als Unterauftragnehmer eines Verkehrsunternehmens tätig werdenden Transporteurs oben IV.1.a.aa.α).

Für die Frage der Rechtfertigung des Eingriffs in das Grundrecht der privaten Verkehrsunternehmen aus Art. 12 Abs. 1 GG unergiebig ist schließlich das Argument, da der Gesetzgeber zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Personennahverkehrs zugunsten privater Verkehrsunternehmen einen – befristeten – Konkurrenzschutz einräumen dürfe, müsse er auch berechtigt sein, die entsprechenden Leistungen selbst bzw. durch eigene Unternehmen durchzuführen[110]. Ein solcher Ansatz verfehlt die unterschiedlichen Wirkungen bestehender Genehmigungen einerseits und des Wahlrechts der Behörde zugunsten der Eigenerbringung oder Direktvergabe an einen internen Betreiber andererseits: Bei der Erteilung einer personenbeförderungsrechtlichen Genehmigung konkurrieren ggf. mehrere Anträge, so dass ein Markt eröffnet ist. Übt die Behörde ihr Wahlrecht hingegen zugunsten einer Direktvergabe an einen internen Betreiber aus, so findet eine Marktöffnung zu keinem Zeitpunkt statt.

bb) Grundrecht aus Art. 14 GG

Die Gewährleistung des Eigentums durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG soll dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sichern, wobei dieser Freiheitsraum von vornherein nur durch die Privatnützigkeit des Eigentums in Form der Zuordnung zu einem Rechtsträger als Grundlage des Handelns im privaten Interesse und mit grundsätzlicher

---

nationalen Personenbeförderungsrecht aufgrund der Verordnung (EG) 1370/2007, Berlin 2008, S. 114 f.

[110] So aber *Christian Zentner*, EG-Nahverkehrsverordnung (EG VO 1370/07) und Berufsfreiheit privater Anbieter von ÖPNV-Leistungen, 2008, S. 8.

Verfügungsbefugnis über den Vermögensgegenstand zu erreichen ist.[111] „Eigentum“ im Sinne von Art. 14 GG können alle vermögenswerten Rechtspositionen sein, die dem Einzelnen als Sacheigentum oder ähnlich wie dieses zur privaten Nutzung und Verfügung zugeordnet sind.[112] Was als Eigentum in concreto geschützt ist, bestimmt sich nach durch das einfache Recht vorgenommenen derartigen Zuordnungen und ihren Grenzen.

Hinsichtlich der Reichweite der Eigentumsgewährleistung ist zu beachten, dass der Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG an den vorhandenen Bestand an geschützten Rechtspositionen anknüpft.[113] Von Bedeutung ist dies zum einen für die Abgrenzung zu dem durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährten Schutz: Im Unterschied zu Art. 12 Abs. 1 GG schützt Art. 14 GG nicht den „Erwerb“, sondern das „Erworbene“.[114] Dabei stehen die beiden Grundrechte nicht in einem sich wechselseitig ausschließenden Exklusivitätsverhältnis, kann doch eine Nutzung vorhandener Vermögenswerte, die zu beruflichen Zwecken erfolgt, sowohl durch Art. 14 GG als auch durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt sein.[115] Dass in der vorliegend zu beurteilenden Konstellation der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eröffnet ist (dazu o. IV.1.a.aa), schließt es mithin nicht aus, auch Art. 14 GG als Prüfungsmaßstab heranzuziehen.

Zum anderen verhindert die Anknüpfung an den vorhandenen Bestand, dass bloße Erwartungen, Hoffnungen, Aussichten oder tatsächliche Nutzungsvorteile sowie Erwerbs- oder Gewinnchancen als Eigentum im Sinne von Art. 14 GG eingeordnet werden können.[116] Relevanz gewinnt diese Abgrenzung u. a. für die Frage, ob das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dem verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff unterfällt. Bundesverwaltungsgericht, Bundesgerichtshof und Teile des Schrifttums bejahen diese

---

[111] BVerfGE 31, S. 229 (240); 50, S. 290 (339); 53, S. 257 (290); 91, S. 294 (308); 101, S. 54 (74 f.); 102, S. 1 (15).

[112] In diesem Sinne BVerfGE 83, S. 201 (208); 95, S. 267 (300).

[113] Vgl. nur BVerfGE 89, S. 1 (7).

[114] BVerfGE 30, S. 292 (335); 84, S. 132 (157); 85, S. 360 (383).

[115] *Helge Sodan/Jan Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 2. Aufl. München 2007, § 40 Rdnr. 17 m. w. N.

[116] BVerfGE 68, S. 193 (222); 78, S. 205 (211 f.); 105, S. 252 (277).

Frage und unterstellen das Recht am Gewerbebetrieb richtigerweise Art. 14 GG.[117] Dabei werden aber bloße Erwerbschancen und tatsächliche Situationsvorteile nicht dadurch zu „Eigentum“, dass sie im Rahmen eines Gewerbebetriebes entstanden sind.[118] Der Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs geht nicht weiter als der, den seine wirtschaftliche Grundlage genießt.[119] Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb entfaltet daher in aller Regel nur dann eigenständige Bedeutung, wenn zwar in die Substanz des Betriebs eingegriffen wird, die abzuwehrenden oder auszugleichenden Folgen jedoch über den konkret betroffenen Betriebsbestandteil hinausreichen.

Weiterhin bedeutet die Anknüpfung an den vorhandenen Bestand geschützter Rechtspositionen nicht, dass dieser Bestand nur gegen einen Entzug geschützt ist. Vielmehr gewährleistet Art. 14 Abs. 1 GG auch die Befugnis zur Verfügung über den Bestand der Rechtspositionen, d. h. ihre Nutzung, Veräußerung oder anderweitige Verfügung.[120]

Misst man die in Rede stehende Einräumung eines Rechts an die Kommunen zu wählen, ob sie ein privates Verkehrsunternehmen oder ein eigenes Verkehrsunternehmen mit der Erbringung von Personenverkehrsleistungen beauftragen wollen, an diesen Vorgaben, so ist zunächst festzustellen, dass ein Zugriff auf die Substanz des Betriebs der privaten Verkehrsunternehmen nicht erfolgt, auch nicht in Form einer Beschränkung der Nutzung von Gegenständen, insbesondere Fahrzeugen, die eigentumsrechtlich dem Unternehmen zuzuordnen sind. Beschränkt werden lediglich die Möglichkeiten privater Verkehrsunternehmen, Personenverkehrsleistungen zu erbringen. Da-

---

[117] BVerwGE 62, S. 224 (226); 81, S. 49 (54); BGHZ 111, S. 349 (356); *Otto Depenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 5. Aufl. München 2005, Art. 14 Rdnr. 132; *Rudolf Wendt*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. München 2007, Art. 14 Rdnr. 47. Ablehnend etwa *Joachim Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl. Tübingen 2004, Art. 14 Rdnr. 52.

[118] BVerfGE 77, S. 84 (118).

[119] BVerfGE 58, S. 300 (353).

[120] Vgl. BVerfGE 13, S. 225 (229); 50, S. 290 (339 ff.); 52, S. 1 (30); 53, S. 257 (291); 93, S. 121 (135, 137); 101, S. 54 (74 f.).

bei handelt es sich zunächst um eine bloße Reduzierung von Nutzungs- und Erwerbschancen.

Selbst wenn man nicht der weitergehenden Auffassung folgt, die jedes gesteuerte Konkurrenzverhalten der öffentlichen Hand als rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung der Eigentumsfreiheit ansieht[121], gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gleichwohl anderes für eine Eröffnung wirtschaftlicher Konkurrenz durch wirtschaftliche Leistungen der öffentlichen Hand: Das Gericht misst eine staatliche oder kommunale wirtschaftliche Betätigung an Art. 14 GG, wenn die wirtschaftliche Betätigung des privaten Unternehmers durch eine unerlaubte Monopolstellung des staatlichen oder kommunalen Konkurrenten unmöglich gemacht wird.[122] Da insoweit nichts anderes als für die Prüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG gelten kann (dazu o. IV.1.a.aa), würde ein Wahlrecht der Kommunen auch gegen Art. 14 GG verstoßen.

cc) Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG

Dass die Einräumung eines Wahlrechts an die Kommunen, entweder ein privates Verkehrsunternehmen oder im Wege der Direktvergabe ein eigenes Verkehrsunternehmen mit der Erbringung von Personenverkehrsleistungen zu beauftragen, nicht mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Einklang steht, ist unschwer erkennbar.

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der allgemeine Gleichheitssatz verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könn-

---

[121] Vgl. nur *Rudolf Wendt*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. München 2007, Art. 14 Rdnr. 51 m. w. N.

[122] Siehe nur BVerwG NJW 1995, S. 2938 (2939).

ten.[123] Die Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes kann nur in sach- und regelungsspezifischer Abwägung erfolgen.[124] Was in Anwendung des Gleichheitssatzes sachlich vertretbar oder sachfremd ist, lässt sich nicht abstrakt und allgemein festlegen, sondern nur stets in Bezug auf die Eigenart des konkreten Sachbereichs, der geregelt werden soll.[125]

Bestehen die zu vergleichenden Adressatengruppen in der vorliegend zu beurteilenden Konstellation in den privaten Verkehrsunternehmen einerseits und den öffentlichen Verkehrsunternehmen andererseits, so liegt die rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung darin, dass die Eigner der öffentlichen Verkehrsunternehmen durch Ausübung ihres Wahlrechts die Erbringung der betreffenden Personenverkehrsdienste an sich ziehen können, während dies den Eignern privater Verkehrsunternehmen versagt bleibt. Die Unmöglichkeit einer Rechtfertigung dieser ungleichen Behandlung ergibt sich aus den zur fehlenden Rechtfertigung des Eingriffs in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG angestellten Überlegungen (oben IV.1.a.aa.γ).

b) Haushaltsrecht

Ein den Kommunen ohne weitere Kautelen zugeordnetes Wahlrecht zwischen der Beauftragung privater Verkehrsunternehmen und der Direktvergabe an einen internen Betreiber droht auch mit haushaltsrechtlichen Grundsätzen in Konflikt zu geraten. Unabhängig von der Frage, ob es einen allgemeinen Grundsatz der Subsidiarität der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand gegenüber privatwirtschaftlichem Tätigwerden gibt[126], ent-

---

[123] BVerfGE 55, S. 72 (88); 82, S. 60 (86); 84, S. 197 (199); 95, S. 39 (45); BVerfG NJW 2000, S. 3341 (3342).

[124] *Lerke Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. München 2007, Art. 3 Rdnr. 37.

[125] BVerfGE 90, S. 145 (195 f.).

[126] Dazu u. a. *Stefan Karnop/Dirk Grothmann*, Daseinsvorsorge zwischen Privatwirtschaft und Staatswirtschaft, Nahverkehrs-Praxis 12/2006, S. 12 ff., 1-2/2007, S. 14 ff., 3/2007, S. 10 ff.; *Helge Sodan*, Der Grundsatz des Vorrangs privater Lebensgestaltung im öffentlichen Wirtschaftsrecht, in: Ziekow (Hrsg.), Wirt-

halten jedenfalls die Vorschriften des Haushaltsrechts zu beachtende Vorgaben.

So wird der verfassungskräftige Grundsatz der Wirtschaftlichkeit (Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG) etwa durch § 7 BHO und die entsprechenden Vorschriften der Landeshaushaltsordnungen konkretisiert. Danach verpflichten die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit u. a. zur Prüfung, inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können. Eine Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen setzt voraus, dass sich der angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen lässt (vgl. nur § 65 Abs. 1 Nr. 1 BHO). Diese Subsidiaritätsklausel schließt die bereits in § 7 Abs. 2 S. 3 BHO vorgesehene, im Zuge eines Interessenbekundungsverfahrens anzustellende Prüfung ein, ob und inwieweit öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten nicht mindestens ebenso gut durch private Anbieter erbracht werden können.[127]

Entsprechend enthalten die Gemeindeordnungen eine Subsidiaritätsklausel, welche die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen davon abhängig macht, dass der Zweck nicht mindestens ebenso gut und wirtschaftlich bzw. nicht besser und wirtschaftlicher durch einen privaten Anbieter erfüllt werden kann.

Wenngleich der Anwendungsbereich der kommunalwirtschaftsrechtlichen Subsidiaritätsklausel häufig die Erbringung von bestimmten Daseinsvorsorgeleistungen ausnimmt[128], bleibt doch zu konstatieren, dass die Wahl der Leistungserbringung durch ein eigenes Unternehmen ihre Grenze am haus-

---

schaft und Verwaltung vor den Herausforderungen der Zukunft, Berlin 2000, S. 35 ff.

[127] Vgl. nur *Karl-Heinz Nöhrbaß*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Stuttgart Stand: Juni 2007, § 65 BHO Rdnr. 8.

[128] Siehe nur § 102 Abs. 4 der Gemeindeordnung für Baden-Württemberg; § 108 Abs. 3 Niedersächsische Gemeindeordnung; § 85 Abs. 3 Rheinland-pfälzische Gemeindeordnung; § 101 Abs. 4 der Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein.

haltsverfassungsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit findet.[129] Erbringen sowohl die Anwendung des Minimalprinzips als auch die des Maximalprinzips, dass ein privates Unternehmen entweder bei gleichem Leistungsstandard billiger oder bei gleichem Mitteleinsatz besser als das öffentliche Unternehmen ist, so gebietet es der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, auf die privatwirtschaftlichen Lösungen zurückzugreifen, sofern nicht widerstreitende Gründe vorliegen.[130] Es darf noch einmal darauf hingewiesen werden, dass auch Art. 1 Abs. 1 VO 1370/2007 diesem Ansatz verpflichtet ist (dazu oben III.1).

Die dargestellten haushaltsrechtlichen Grundsätze würden daher einem den Kommunen ohne Rücksicht auf die Frage, ob eine privatwirtschaftliche Erbringung der Verkehrsdienstleistungen nicht wirtschaftlicher wäre als eine Beauftragung eines kommunalen Unternehmens im Wege der Direktvergabe, eingeräumten Wahlrecht widerstreiten.[131]

c) Zwischenergebnis

Verfassungsrecht steht einem im Einzelfall auszuübenden behördlichen Wahlrecht zwischen kommerziellen Verkehrsleistungen und der Direktvergabe an eine rechtlich getrennte Einheit entgegen. Da Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 im Kollisionsfall dem nationalen Recht den Vorrang einräumt, ste-

---

[129] *Claus Helm*, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Stuttgart Stand: Juni 2007, § 7 BHO Rdnr. 16.

[130] Zu Minimal- und Maximalprinzip als Ausformungen des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit *Hans Herbert von Arnim*, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, Berlin, 1988, insbes. S. 20; *Friedrich E. Schnapp*, Der Haushaltsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, in: Butzer (Hrsg.), Wirtschaftlichkeit durch Organisations- und Verfahrensrecht, Berlin 2004, S. 109 ff.; *Michael Tiede*, Minimal- und Maximalprinzip im Haushaltswesen der Streitkräfte, BWV 2004, S. 199 ff.

[131] Vgl. dazu, dass der Vorrang eigenwirtschaftlicher Angebote auch haushaltsrechtlich begründet ist, *Stefan Karnop*, Der Anwendungsbereich der Vergabebestimmungen der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/07 im deutschen Personennahverkehr, Verkehr und Technik 2008, S. 299 (301).

hen die Möglichkeiten des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung insoweit nicht zur Verfügung.

- Das genannte Wahlrecht verletzte das sich aus Art. 12 Abs. 1 GG ergebende Grundrecht privater Verkehrsunternehmen auf Berufsfreiheit.
- Ebenso stellte dieses Wahlrecht eine nicht rechtfertigungsfähige Beeinträchtigung der durch Art. 14 GG geschützten Eigentumsfreiheit der privaten Verkehrsunternehmen dar.
- Darüber hinaus stünde ein solches Wahlrecht nicht mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG in Einklang.
- Schließlich würden haushaltsrechtliche Grundsätze einem den Kommunen ohne Rücksicht auf die Frage, ob eine privatwirtschaftliche Erbringung der Verkehrsdienstleistungen nicht wirtschaftlicher wäre als eine Beauftragung eines kommunalen Unternehmens im Wege der Direktvergabe, eingeräumten Wahlrecht widerstreiten.

2. Gesetzliche Vorrangregelung zugunsten einer Direktvergabe an eine interne Einheit

Für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Priorisierung der in Art. 5 Abs. 2 der Verordnung genannten Direktvergabe an eine der Kontrolle der Behörde unterliegende rechtlich getrennte Einheit bereits auf gesetzlicher Ebene mit der Folge einer nur noch nachrangigen Zulässigkeit der kommerziellen Verkehre kann im Wesentlichen auf die zur Prüfung des im Einzelfall auszuübenden Wahlrechts verwiesen werden (dazu oben IV.1).

Besonderheiten ergeben sich an folgenden Stellen:

- Eine Regelung, die einen Vorrang der Erbringung von Verkehrsleistungen durch von der öffentlichen Hand kontrollierte Einrichtungen vor der Leistungserbringung durch private Unternehmen vorsehen würde, zeitigte die Konsequenz, dass Private nur noch dann zum

Zuge kämen, wenn die öffentliche Hand die Leistungen nicht selbst erbringen kann, d. h. ausnahmsweise ein Bedürfnis für eine Übernahme der Verkehrsversorgung durch private Unternehmen besteht. Der Sache nach handelte es sich dabei um eine Marktzulassung Privater nur bei Vorliegen eines Bedürfnisses, d. h. um eine Berufsausübungsregelung mit den Wirkungen einer objektiven Berufswahlregelung in Gestalt einer Bedürfnisprüfung. Da der grundsätzliche Marktausschluss der Privaten bereits unmittelbar durch das Gesetz angeordnet würde, handelte es sich um einen sog. klassischen Eingriff in das Grundrecht der privaten Verkehrsunternehmen aus Art. 12 Abs. 1 GG, dessen Rechtfertigung entsprechend den oben (IV.1.a.aa.γ) angestellten Überlegungen nicht möglich ist.

- Im Rahmen der Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG bestünde die rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung darin, dass den öffentlichen Verkehrsunternehmen durch Gesetz der Vorrang vor privaten eingeräumt würde. Auch für diese Ungleichbehandlung ist kein rechtfertigender Grund ersichtlich.

3. Anforderungen an die Regelung des Verhältnisses von kommerziellen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren

Die untersuchten gemeinschafts- und verfassungsrechtlichen Vorgaben formulieren Anforderungen an den Gesetzgeber hinsichtlich der Formulierung des Verhältnisses von kommerziellen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren:

- Wie ausgeführt (oben III) verbietet Gemeinschaftsrecht, dass nationales Recht dazu führt, dass Reichweite und Inhalt des durch eine Verordnung im Sinne von Art. 249 EG konstituierten Regelungssystems für die Normadressaten nicht mehr eindeutig erkennbar sind.
- Aus Art. 12 Abs. 1 GG ergibt sich das Recht privater Verkehrsunternehmen, selbständig, eigenverantwortlich initiativ sowie auf eigenes Risiko handelnd kommerzielle Verkehrsleistungen zu erbringen (oben

IV.1.a.aa.α). Dieses Grundrecht erstreckt sich auch auf die Erbringung neuer, also solcher Verkehrsleistungen, die bisher noch nicht in der Form kommerzieller Verkehre erbracht wurden.

Dem wird der Vorschlag eines neuen § 8 Abs. 4 PBefG in der Fassung des (Referenten-)Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften[132] nicht vollständig gerecht. Nach § 8 Abs. 4 S. 1 PBefG in der Fassung dieses Entwurfs sollen die Aufgabenträger zur Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung im öffentlichen Personennahverkehr im Rahmen öffentlicher Dienstleistungsaufträge Ausgleichsleistungen und ausschließliche Rechte gewähren können. Ausweislich des Satzes 2 hat der Aufgabenträger hiervon abzusehen, wenn eine ausreichende Verkehrsbedienung durch kommerzielle Verkehre vorhanden und auch künftig gewährleistet ist.

Durch diesen Aufbau des entworfenen neuen § 8 Abs. 4 PBefG wird der Eindruck eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses vermittelt: Die gemeinwirtschaftliche Verkehrsbedienung ist der Regelfall, kommerzielle Verkehre sind die Ausnahme. Das Regelungsanliegen der VO 1370/2007 wird dadurch gleichsam auf den Kopf gestellt und ist für den Rechtsanwender nicht mehr klar erkennbar. Da keinerlei legistische Gründe dafür erkennbar sind, von dem, dem Konzept der der VO 1370/2007 entsprechenden, Aufbau des bisherigen § 8 Abs. 4 PBefG abzuweichen, sondern im Gegenteil die Umkehrung der Normstruktur für die Adressaten der Regelung den Schluss auf einen Paradigmenwechsel des Gesetzgebers nahe legen muss, stößt der Entwurf bereits insoweit auf grundsätzliche gemeinschaftsrechtliche Bedenken.

Über diese Bedenken hilft auch nicht die Ausgestaltung des § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG in der Fassung des genannten Entwurfs als gebundene Regelung („Der Aufgabenträger *hat* hiervon abzusehen …) hinweg. Ausweislich der Begründung des Entwurfs wird bewusst auf das bisherige „Postulat der Ei-

---

[132] Art. 1 Nr. 1 lit. b des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, Referat S 37, v. 27. 8. 2008.

genwirtschaftlichkeit verzichtet“, weil „Verkehrsleistungen im öffentlichen Nahverkehr … in hohem Maße auf die finanzielle Unterstützung der öffentlichen Hand angewiesen“ sind.[133] Der beabsichtigte Vorrang gemeinwirtschaftlicher Verkehre kann kaum deutlicher zum Ausdruck gebracht werden.

Demgegenüber werden kommerzielle Verkehre auf eine Rand- und wohl auch bloße Übergangsbedeutung zurückgedrängt: § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG in der Fassung des Entwurfs soll den Aufgabenträger daran hindern, in „Verkehrsdienste einzugreifen“: „Dies betrifft sowohl Eingriffe während der Laufzeit einer bestehenden Genehmigung als auch den Anschlusszeitraum.“[134] Keineswegs jedoch schützt Art. 12 Abs. 1 GG nur den vorhandenen Bestand durch private Verkehrsunternehmen erbrachter Verkehrsleistungen vor Eingriffen der Aufgabenträger. Da in Anbetracht des Wortlauts der entworfenen Vorschrift und des in der Begründung verlautbarten Willens des Gesetzgebers eine verfassungskonforme Auslegung nur schwer möglich sein dürfte, verstößt die vorgesehene Fassung auch gegen das Grundrecht privater Verkehrsunternehmen aus Art. 12 Abs. 1 GG.

Gegen dieses Ergebnis könnte auch nicht eingewandt werden, ein Vorrang kommerzieller Verkehre würde es den privaten Verkehrsunternehmen ermöglichen, einseitig nur die rentabelsten Strecken zu bedienen. Denn ausweislich der Entwurfsbegründung soll der Aufgabenträger gerade über einen großen Beurteilungsspielraum verfügen, um „ertragsreiche und ertragsschwache Linien innerhalb eines Bedienungsgebietes“ zusammenzufassen.[135]

---

[133] Entwurf eines Gesetzes zur Änderung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, Referat S 37, v. 27. 8. 2008, Begründung sub B zu Artikel 1 Zu Nummer 1 Buchstabe b.

[134] Entwurf eines Gesetzes zur Änderung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, Referat S 37, v. 27. 8. 2008, Begründung sub B zu Artikel 1 Zu Nummer 1 Buchstabe b.

[135] Entwurf eines Gesetzes zur Änderung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, Refe-

4. Zur Bedeutung der Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG

Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG sichert den Gemeinden im Rahmen der Gesetze einen grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassenden Aufgabenbereich sowie die Befugnis zu eigenverantwortlicher Führung der Geschäfte in diesem Bereich.[136] Diese institutionelle Garantie kommunaler Selbstverwaltung schließt zum einen die Befugnis ein, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ohne speziellen Kompetenztitel anzunehmen und begründet folglich ein Aufgabenfindungsrecht.[137] Zum anderen beinhaltet sie die Entscheidungsbefugnis über die Art und Weise der Erledigung der örtlichen Angelegenheiten.[138]

Art. 28 Abs. 2 GG gewährleistet damit auch die Organisationshoheit und die Finanzhoheit der Gemeinden. Erstere räumt den Gemeinden einen Spielraum hinsichtlich der Ausgestaltung ihrer Organisation, der Abläufe und Entscheidungszuständigkeiten ein.[139] Die Finanzhoheit garantiert die Befugnis zur eigenverantwortlichen Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft[140] sowie eine aufgabenadäquate Finanzausstattung (Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG).[141] Zu Recht werden Gemeindewirtschaft, Daseinsvorsorge und Verwaltung der öffentlichen Einrichtungen als Bestandteile der kommunalen Selbstverwaltung betrachtet.[142]

---

rat S 37, v. 27. 8. 2008, Begründung sub B zu Artikel 1 Zu Nummer 1 Buchstabe b.

[136] BVerfGE 26, S. 228 (237 f.); 79, S. 127 (143); 91, S. 228 (236).

[137] BVerfGE 79, S. 127 (146); *Alexander Schink*, Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen, NVwZ 2002, S. 129 (133).

[138] BVerfGE 79, S. 127 (143).

[139] BVerfGE 38, S. 258 (278 ff.); 91, S. 228 (236).

[140] BVerfGE 26, S. 228 (244).

[141] BVerwGE 106, S. 282 (289).

[142] Ausführlich etwa *Thorsten Franz*, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, Tübingen 2005, S. 72 ff. m. w. N.

Dieser Befund vermag nichts an der festgestellten verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit eines gesetzlichen oder nach Wahl der Kommune bestehenden Vorrangs der Direktvergabe an eine der Kontrolle der Behörde unterliegende rechtlich getrennte Einheit zu ändern:

- Art. 28 Abs. 2 GG stellt eine Norm zur Abgrenzung der Kompetenzen im Verhältnis zwischen staatlichen und kommunalen Verwaltungsträgern dar. Soweit es sich nicht um einen Eingriff in den Kernbereich der Garantie kommunaler Selbstverwaltung handelt, unterliegen die von Art. 28 Abs. 2 GG erfassten Aufgaben der Zuordnung durch den Gesetzgeber. Hierzu bestimmt § 1 RegG, dass die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr eine Aufgabe der Daseinsvorsorge ist und die Stellen, die diese Aufgabe wahrnehmen, durch Landesrecht bestimmt werden. Dies macht von vornherein deutlich, dass es sich bei der Erbringung von Leistungen des ÖPNV nicht um eine originäre, dem Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung zuzurechnende Selbstverwaltungsaufgabe handelt.[143]
- Selbst wenn man die vorstehende Frage anders beantworten wollte, würde sich doch nichts daran ändern, dass Art. 28 Abs. 2 GG eine Norm des Staatsorganisationsrechts darstellt, die Eingriffe in die Grundrechte Privater nicht zu rechtfertigen vermag.[144]

---

[143] Im Ergebnis ebenso etwa *Matthias Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, Berlin 2004, S. 208; *Rödl & Partner*, Novellierungserfordernisse im nationalen Personenbeförderungsrecht aufgrund der Verordnung (EG) 1370/2007, Berlin 2008, S. 111. Unklar *Heinrich Ganseforth*, Die Regelungen des europäischen Binnenmarktes und die Zukunft der kommunalen Daseinsvorsorge im öffentlichen Personennahverkehr, in: Die Gemeinde. FS zum 70. Geb. von Heiko Faber, Tübingen 2007, S. 319 (336).

[144] VerfGH Rheinland-Pfalz DVBl. 2000, S. 992 f., für die entsprechende Regelung der rheinland-pfälzischen Landesverfassung; *Martin Burgi*, Kommunalrecht, München 2006, § 6 Rdnr. 12; *Horst Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. II, 2. Aufl. Tübingen 2006, Art. 28 Rdnr. 107; *Michael Nierhaus*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. München 2007, Art. 28 Rdnr. 40.

VI. Zusammenfassung

1. Eigenwirtschaftliche Verkehre und Gemeinschaftsrecht

a) Die VO 1370/2007 gilt nur für die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen von allgemeinem Interesse, bei denen den Betreibern gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt werden, nicht aber für die ausschließlich unter Marktbedingungen erbrachten kommerziellen Verkehrsdienstleistungen. Ebenso wenig erfasst die Verordnung funktionierende Personenverkehrsmärkte, die eine Leistungserbringung unter Marktbedingungen gewährleisten. Vielmehr beruht sie auf dem Prinzip des Vorrangs von auf dem freien Markt erzielbaren Lösungen durch kommerzielle Verkehre. Nur bei partiellem Marktversagen darf ein Wechsel in das gemeinwirtschaftliche Leistungssicherstellungssystem erfolgen. Die VO 1370/2007 gebietet den Vorrang eigenwirtschaftlicher im Sinne kommerzieller Verkehre.

b) Weder die VO 1370/2007 noch die Rechtsprechung des EuGH zwingen zur Aufgabe des in § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG verwendeten Verständnisses von Eigenwirtschaftlichkeit. Ohne die Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erfolgende Zuschüsse der öffentlichen Hand sind insoweit unschädlich, unterliegen aber den Art. 87 ff. EG.

c) Dies kann dazu führen, dass bei der Zahlung von Zuschüssen bei der eigenwirtschaftlichen Erbringung von Verkehrsdienstleistungen eine nach Art. 87 EG mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe vorliegt. Darüber hinaus stellen nur zuschussfreie eigenwirtschaftliche Verkehrsdienstleistungen eindeutig weder nach der VO 1370/2007 vergabepflichtige öffentliche Dienstleistungsaufträge oder Dienstleistungskonzessionen noch den gemeinschaftsrechtlichen Vergabekoordinierungsrichtlinien unterfallende (öffentliche) Aufträge dar. Zur Vermeidung von Systembrüchen könnte daher erwogen werden, den Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit nach § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG auf kommerzielle (zuschussfreie) Verkehre zu beschränken.

2. Verstoß einer fakultativen Direktvergabe an eine interne Einheit gegen das Grundgesetz

Durch ein im Einzelfall auszuübendes Wahlrecht der Behörde zwischen kommerziellen Verkehrsleistungen und einer Direktvergabe an eine interne Einheit würde gegen deutsches Verfassungsrecht verstoßen, so dass wegen des in Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 statuierten Vorrangs entgegenstehenden nationalen Rechts die in der genannten Vorschriften beschriebenen Möglichkeiten nicht zur Verfügung stehen.

a) Ein solches Wahlrecht würde gegen das Grundrecht privater Verkehrsunternehmen aus Art. 12 Abs. 1 GG verstoßen. Dabei geht es nicht um die Beurteilung eines Schutzes vor Konkurrenz durch öffentliche Verkehrsunternehmen, sondern um einen durch den Staat bzw. die Kommunen einseitig verhängbaren partiellen Marktausschluss privater Unternehmen. Doch selbst dann, wenn man die in der Rechtsprechung für die grundrechtliche Bewertung einer Konkurrenz durch die öffentliche Hand entwickelten Maßstäbe heranziehen würde, könnte wegen des der öffentlichen Hand spezifisch eingeräumten Vorteils der faktischen Monopolisierbarkeit an der Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 12 Abs. 1 GG nicht gezweifelt werden.

Der in der Einräumung des genannten Wahlrechts liegende faktische Grundrechtseingriff stellt sich als Berufsausübungsregelung mit den Wirkungen einer objektiven Berufswahlregelung dar. Mangels Erforderlichkeit zum Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsguts ist dieser Eingriff nicht zu rechtfertigen. Eine Verpflichtung des im Wege der Direktvergabe beauftragten öffentlichen Verkehrsunternehmens zur Vergabe von Unteraufträgen an private Verkehrsunternehmen vermag an dieser Verfassungswidrigkeit ebenso wenig zu ändern wie systematisch fehlgehende Vergleiche mit einem privaten Verkehrsunternehmen eingeräumten Konkurrenzschutz.

b) Das genannte Wahlrecht würde darüber hinaus das Grundrecht privater Verkehrsunternehmer aus Art. 14 GG verletzen, das die Nutzung der dem

Unternehmen eigentumsrechtlich zugeordneten Betriebsbestandteile gewährleistet. Zwar schützt Art. 14 GG nur die Nutzung des vorhandenen Bestands und nicht bloße Erwerbs- und Gewinnchancen gegen hinzutretende Konkurrenz. Anderes gilt jedoch bei einer wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, wenn die wirtschaftliche Betätigung des privaten Unternehmers durch eine unerlaubte Monopolstellung des staatlichen oder kommunalen Konkurrenten unmöglich gemacht wird. Insoweit gilt das zu Art. 12 GG Ausgeführte entsprechend.

c) Da die Ungleichbehandlung, dass die Eigner öffentlicher Verkehrsunternehmen durch Ausübung ihres Wahlrechts die Erbringung der betreffenden Personenverkehrsdienste an sich ziehen können, während dies den Eignern privater Verkehrsunternehmen versagt bleibt, nicht gerechtfertigt werden kann, verstößt das genannte Wahlrecht auch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

d) Ein den Kommunen ohne Rücksicht auf die Frage, ob eine privatwirtschaftliche Erbringung der Verkehrsdienstleistungen nicht wirtschaftlicher wäre als eine Beauftragung eines kommunalen Unternehmens im Wege der Direktvergabe, eingeräumtes Wahlrecht verstößt gegen haushaltsrechtliche Grundsätze.

3. Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Priorisierung der Direktvergabe

Auch eine Priorisierung der in Art. 5 Abs. 2 der Verordnung genannten Direktvergabe an eine der Kontrolle der Behörde unterliegende rechtlich getrennte Einheit bereits auf gesetzlicher Ebene mit der Folge einer nur noch nachrangigen Zulässigkeit der kommerziellen Verkehre würde gegen die Grundrechte der privaten Verkehrsunternehmen aus Art. 12 Abs. 1, Art. 14 und Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen.

4. Gebot zur Statuierung des Vorrangs kommerzieller Verkehre

Sowohl aus der VO 1370/2007 als auch aus Art. 12 Abs. 1 GG ergibt sich das an den Gesetzgeber adressierte Gebot, den Vorrang kommerzieller Verkehre im Verhältnis zur Erbringung von Verkehrsleistungen in gemeinwirtschaftlicher Form eindeutig zu statuieren. Der derzeitige Entwurf eines neuen § 8 Abs. 4 PBefG durch das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung genügt diesen Anforderungen nicht.

5. Bedeutungslosigkeit einer Heranziehung des Art. 28 Abs. 2 GG

Die Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG vermag an den vorstehenden Ergebnissen nichts zu ändern. Zum einen handelt es sich bei der Erbringung von Leistungen des ÖPNV nicht um eine originäre, dem Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung zuzurechnende Selbstverwaltungsaufgabe. Zum anderen kann eine Berufung auf Art. 28 Abs. 2 GG keine Eingriffe in die Grundrechte Privater rechtfertigen.

Ziekow

(Univ.-Prof. Dr. J. Ziekow)