

Prof. Dr. Christofer Lenz, Stuttgart

# Neue PBefG-Genehmigungen bei bestehender Betrauungsregelung

Wie bekommt man die?

Neue Gesetze lösen alte Probleme, werfen aber immer auch neue Fragen auf. Das ist bei der Novelle des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) [1] nicht anders, die zum 1. Januar 2013 in Kraft getreten ist [2]. Für sehr viele Nahverkehrsunternehmen in Deutschland stellt sich jetzt etwa die Frage, wie sie bei bestehender Betrauungsregelung eine neue Linienverkehrsgenehmigung nach dem PBefG bekommen, wenn die bisher erteilte Genehmigung zeitlich ausgelaufen ist.

Die Ausgangssituation ist bekannt. In nahezu allen mittleren und großen deutschen Städten bestehen Betrauungsregelungen zugunsten des eigenen oder sonstiger Verkehrsunternehmen, die Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen gewähren. Diese Betrauungen sind ursprünglich zur Erfüllung der so genannten vier EuGH-Kriterien aus der Altmark-Rechtsprechung [3] geschaffen worden. Später wurden sie mehr oder weniger an die Vorgaben der europäischen Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste angepasst, an die hier so genannte VO 1370/2007. Das betraf etwa die Befristungsvorgaben (vgl. Art. 8 Abs. 3 VO 1370/2007) oder den Anhang der Verordnung. Das Inkrafttreten der Verordnung zum 3. Dezember 2009 und die Laufzeitregelungen des Art. 4 Abs. 3 VO 1370/2007 haben dazu geführt, dass die vorhandenen Betrauungen vielerorts eine Laufzeit bis zum 3. Dezember 2019 haben. Im Regelfall hat eine Stadt nur eine Betrauung vorgenommen und zwar an ein Unternehmen (unternehmensbezogene Betrauung), nicht aber für jede einzelne Straßenbahn- oder Buslinie separate Betrauungen.

Bei dieser bekannten Ausgangslage hätte es nahegelegen, dass der Gesetzgeber klare und unmissverständliche Regelungen dazu trifft, wie ein bis 2019 betrautes Unternehmen neue Genehmigungen bekommt, wenn bestehende Genehmigungen für Bus- oder Straßenbahnlinienverkehre vor dem Ende der Laufzeit der Betrauung auslaufen.

Eine ausdrückliche Regelung dazu enthält das Gesetz aber nicht. Der Gesetzgeber hat sich insbesondere nicht für eine der einfachen Lösungen entschieden. Einfach wäre es gewesen, wenn das Gesetz angeordnet hätte, dass sich alle PBefG-Linienverkehrsgenehmigungen eines betrauten Verkehrsun-

ternehmens entweder automatisch oder auf Antrag des Unternehmens bis zum Laufzeitende der Betrauung verlängert hätten. Mehr noch: Der Gesetzgeber ist nicht einmal auf die Idee gekommen, für solche Konstellationen die bestehende Betrauung als Versagungsgrund zu Gunsten des betrauten Unternehmens gegenüber Genehmigungsanträgen konkurrierender Verkehrsunternehmen auszugestalten. Einen solchen Versagensgrund sieht das Gesetz in § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PBefG nur vor bei Bestehen eines ausschließlichen Rechtes (in dem engen Verständnis des Bundesgesetzgebers [4]).

## Fortgeltung der bestehenden Betrauungen

Immerhin hat der Gesetzgeber eine Übergangsregelung getroffen und zwar in § 62 Abs. 1 PBefG. Dort ist zunächst einmal geregelt, dass vor dem Inkrafttreten der Novelle erteilte PBefG-Genehmigungen bis zum Ablauf der in der Genehmigungsurkunde enthaltenen Geltungsdauer wirksam bleiben (§ 62 Abs. 1 Satz 2 PBefG). Bedeutsamer ist § 62 Abs. 1 Satz 3 PBefG. Danach wird die Geltung und Wirksamkeit von sonstigen Rechtsverhältnissen, insbesondere von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Sinne der VO 1370/2007, die vor dem 1. Januar 2013 zu Stande gekommen sind, durch die Änderung des Gesetzes nicht berührt. Die Begründung des Gesetzentwurfs ergänzt, dies diene der Klarstellung, dass mit der Änderung des PBefG kein Eingriff in die Gültigkeit bestehender Linienverkehrsgenehmigungen oder anderer Rechtsverhältnisse beabsichtigt ist, d.h. dass bestehende Liniengenehmigungen, Betrauungsakte, Ausgleichsund Finanzierungsregelungen oder kehrsverträge fortgelten [5].

Diese gesetzliche Anordnung der Fortgeltung von Betrauungsakten (öffentlichen Dienstleistungsaufträgen) wird bedeutsam, wenn PBefG-Genehmigungen für einzelne der von der Betrauung erfassten Verkehre auslaufen und zur Wiedererteilung anstehen. Wird die Genehmigung wieder an das betraute Unternehmen erteilt, setzt sich die bestehende Betrauung, also in der neuen Terminologie der bestehende öffentliche Dienstleistungsauftrag, auch insoweit fort.



**DER AUTOR** 

Prof. Dr. Christofer Lenz (46) ist Sozius der Kanzlei Oppenländer Rechtsanwälte in Stuttgart und Fachanwalt für Verwaltungsrecht. Außerdem ist er Honorarprofessor für Öffentliches Recht und Europarecht an der Universität Stuttgart und Mitglied des Verfassungsrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer. Im Bereich des ÖPNV ist er seit Jahren beratend und vertretend für führende Verkehrsunternehmen, Verbände und die öffentliche Hand tätig und durch Veröffentlichungen und Vorträge hervorgetreten, etwa bei der VDV-Jahrestagung 2012 in Düsseldorf.

### Betrauungen genau analysieren

Allerdings ist denkbar, dass sich aus der konkreten Ausgestaltung der Betrauung (des öffentlichen Dienstleistungsauftrags) etwas anderes ergibt. Davon wird man dann nicht ausgehen können, wenn die Betrauung gebietsoder streckenbezogen ist, also für alle Stra-Benbahnen oder Busverkehre im Stadtgebiet gilt oder für alle in der Betrauung aufgeführten Strecken. Schwieriger könnte es aber sein, wenn die Betrauung an die dem betrauten Unternehmen erteilten PBefG-Genehmigungen anknüpft. Dann würde sie für die jeweils einzelne genehmigte Linie mit dem Verlust der Genehmigung enden, allerdings fortbestehen, wenn die Genehmigung erneut erteilt wird. Die Einzelheiten werden von der Auslegung der jeweiligen Betrauung/des jeweiligen öffentlichen Dienstleistungsauftrags abhängen. Die schon deshalb gebotene rechtliche Analyse der vorhandenen eigenen Betrauung dürfte überwiegend ergeben, dass die Betrauung durch das Auslaufen der Genehmigung nicht wegfällt.

### Keinen eigenwirtschaftlichen Antrag stellen

Auch dann stellen sich aber Folgefragen. Die erste Frage wäre, ob eine solche erneut zur Genehmigung anstehende Verkehrsleistung

# RECHT S'S

im Sinne von § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG eigenwirtschaftlich ist oder nicht. Für das betraute und betraut bleibende Verkehrsunternehmen ist die Verkehrsleistung nicht eigenwirtschaftlich, weil ihm im Sinne von § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nach Art. 3 Abs. 1 PBefG der VO 1370/2007 gewährt werden. Diese Ausgleichsleistungen werden auch deshalb gewährt, weil jedenfalls diesem Verkehrsunternehmen eine ausreichende Verkehrsbedienung im Sinne von § 8a Abs. 1 Satz 1 PBefG nicht entsprechend § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG möglich ist. Rechtsfolge nach § 8a Abs. 1 Satz 1 PBefG ist, dass dann die VO 1370/2007 maßgebend ist. Das führt aber bei bestehender Betrauung nicht wirklich weiter, weil es aus Sicht sowohl der zuständigen Behörde wie des betrauten Verkehrsunternehmens keines neuen Dienstleistungsauftrags bedarf, sondern lediglich einer neuen Genehmigung.

Diese neue Genehmigung setzt zunächst einen Antrag des Verkehrsunternehmens voraus. Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe e) PBefG soll der Antrag auf Erteilung der Genehmigung gegebenenfalls den Nachweis über einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der VO 1370/2007 enthalten. Einschlägig ist im Übrigen § 12 Abs. 7 PBefG. Danach soll der Antrag auf Erteilung einer Genehmigung für Verkehr mit Straßenbahnen, O-Bussen oder Kraftfahrzeugen im Linienverkehr im Sinne von § 8a Abs. 1 Satz 1 PBefG i.V. mit Art. 3 Abs. 1 der VO 1370/2007 spätestens sechs Monate vor dem Beginn der beantragten Geltungsdauer gestellt werden; die Frist kann aber verkürzt werden. Ein Verkehr im Sinne von § 8a Abs. 1 Satz 1 PBefG liegt hier deshalb vor, weil für das antragstellende Bestandsunternehmen eine eigenwirtschaftliche Verkehrserbringung im Sinne von § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG nicht möglich ist, wie schon die bislang gewährten Ausgleichsleistungen belegen.

#### Schutz gegen konkurrierende Anträge

Probleme können sich aber ergeben, wenn konkurrierend von anderen Verkehrsunternehmen eigenwirtschaftlich Anträge gestellt werden. Ihnen gegenüber wäre das Bestandsunternehmen trotz des stufenmäßigen Vorrangs der Eigenwirtschaftlichkeit (§§ 8 Abs. 4, 8a Abs. 1 PBefG) geschützt, wenn solche Konkurrenzanträge von vornherein an Versagungsgründen scheitern müssten. Der Gesetzgeber hat aber nicht ausdrücklich angeordnet, dass im Fall einer vorhandenen Betrauung konkurrierende Anträge abzulehnen sind. Einen solchen Versagungsgrund sieht das Gesetz in § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PBefG nur dann vor, wenn der von Konkurrenten beantragte Verkehr ein ausschließliches Recht im Sinne von Art. 2

Buchstabe f) der VO 1370/2007 verletzt und auch das nur, wenn das ausschließliche Recht von der zuständigen Behörde nach § 8a Abs. 1 PBefG in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung unter Beachtung der in § 8a Abs. 8 PBefG genannten Voraussetzungen gewährt wurde. Davon wird man im Regelfall nicht ausgehen können.

### Verfristung für das Jahr 2013

Ein gewisser Schutz des Bestandsunternehmens folgt aber im Jahr 2013 noch aus § 12 Abs. 5 PBefG. Der Gesetzgeber hat im Interesse geordneter Abläufe im Genehmigungsverfahren ausdrücklich angeordnet, dass Anträge auf Erteilung einer Genehmigung für einen eigenwirtschaftlichen Verkehr im Linienverkehr spätestens zwölf Monate vor dem Beginn des beantragten Geltungszeitraums zu stellen sind (§ 12 Abs. 5 Satz 1 PBefG). Diese Frist ist für alle Linienverkehre, die einen zu beantragenden Geltungszeitraum haben, der im Jahr 2013 beginnt, schon vor Inkrafttreten des Gesetzes abgelaufen. Die Frist kann also nicht mehr eingehalten werden, gleichwohl gestellte eigenwirtschaftliche Konkurrenzanträge wären wegen Verfristung unzulässig. Dieses offenkundige Ergebnis der neuen Gesetzesfassung war allen am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten klar. Es ist nicht korrigiert worden, was etwa durch eine entsprechende Bestimmung im Rahmen der Übergangsvorschrift des § 62 PBefG möglich gewesen wäre.

Unternehmen, die konkurrierende eigenwirtschaftliche Anträge stellen, werden deshalb versuchen, der Verfristung auf andere Weise zu entgehen. Es ist vorhersehbar, dass sie sich dabei auf § 12 Abs. 5 Satz 2 PBefG berufen werden, wonach die Genehmigungsbehörde verspätete Anträge zulassen kann. Voraussetzung dafür ist nach dem Gesetz aber, dass kein genehmigungsfähiger Antrag gestellt worden ist. Das ist deshalb nicht der Fall, weil der betraute Bestandsunternehmer ja einen Antrag gestellt hat. Das Gesetz verlangt in § 12 Abs. 5 Satz 2 PBefG nicht, dass dieser Antrag ein Antrag für einen eigenwirtschaftlichen Verkehr sein muss. Auch die Sätze 3 und 4 des § 12 Abs. 5 PBefG helfen dem Unternehmen, das konkurrierende eigenwirtschaftliche Anträge stellen will, im Jahr 2013 nicht weiter. In Satz 3 wird zwar gesagt, dass die Genehmigungsbehörde andere Termine setzen kann, Satz 4 stellt das aber unter die Voraussetzung, dass sie hieraufhin in der Bekanntmachung nach § 18 PBefG hingewiesen hat. Die Bekanntmachung nach § 18 PBefG, die der Gesetzgeber auch im Hinblick auf Art. 7 Abs. 2 VO 1370/2007 neu eingeführt hat, ist nach § 18 Abs. 1 Satz 1 PBefG erst am Ende jedes Kalenderjahrs vorzunehmen, also erstmals Ende 2013. Deshalb kann die Genehmigungsbehörde für den wesent-lichen Teil des Jahrs 2013 keine anderen Termine im Sinne von § 12 Abs. 5 Satz 3 PBefG setzen.

## Herauslösungsverbot greift dauerhaft

Dieser sich aus der Verfahrensregelung des § 12 Abs. 5 PBefG ergebende Schutz des betrauten Bestandsunternehmens ist aber vorrübergehender Natur und endet jedenfalls Ende 2013. Entscheidend ist deshalb, ob der Gesetzgeber mit der neu geschaffenen Regelung des § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe d) PBefG einen in der hier behandelten Konstellation relevanten Versagungsgrund gegenüber konkurrierenden eigenwirtschaftlichen Anträgen geschaffen hat. Das ist im Ergebnis weitgehend zu bejahen.

Der Versagungsgrund des § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe d) PBefG ist Teil des politischen Kompromisses, der die Verabschiedung des PBefG ermöglicht hat [6]. Er hat die Funktion, eine Durchbrechung des in §§ 8 Abs. 4, 8a Abs. 1 PBefG angeordneten Stufenverhältnisses mit dem grundsätzlichen Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre vor Verordnungsverkehren zu bewirken. Diese Funktion greift gerade auch dann, wenn ein bestandsbedrohtes Unternehmen die rechtlich als Neuerteilung ausgestaltete Verlängerung einer bestehenden Linienverkehrsgenehmigung beantragt. Nach § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe d) PBefG ist einem Konkurrenten die Genehmigung zu versagen, wenn der beantragte Verkehr einzelne ertragreiche Linien oder ein Teilnetz aus einem vorhandenen Verkehrsnetz oder aus einem Nahverkehrsplan im Sinne des § 8 Abs. 3 PBefG festgelegten Linienbündel he rauslösen würde.

Zentrales Tatbestandsmerkmal ist hierbe das vorhandene Verkehrsnetz. Der Begrif des Verkehrsnetzes, wie ihn § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe d) PBefG verwendet ist zwar gesetzlich nicht näher definiert, e wird aber jedenfalls dann erfüllt sein, wenr mehrere verkehrlich miteinander verbundene Linien in der Hand ein und desselben Betrei bers liegen.

Bei einer bestehenden Betrauung wird derer Gegenstand entweder ein von der Betrauung aufgegriffenes oder von ihr selbst geschaffe nes, damit aber jedenfalls immer im recht lichen Sinne vorhandenes Verkehrsnetz sein

Läuft die Genehmigung einzelner diese Linien aus, besteht deshalb grundsätzlich die Gefahr, dass sie aus diesem vorhande nen Verkehrsnetz herausgelöst werden in Sinne von § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buch stabe d) PBefG. Rechtlich ist das im Sinne von § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchstabe d PBefG dann relevant, wenn es sich be diesen Linien entweder um einzelne ertrag reiche Linie/Linien oder um ein Teilnetz han delt. Ein Teilnetz setzt wohl voraus, das: es sich um verschiedene Linien handelt die verkehrlich miteinander verbunden sind und bislang einen einheitlichen Betreiber ha ben. Liegt kein Teilnetz vor, dann kommt e: darauf an, wann eine einzelne Linie ertrag reich ist. Man wird davon ausgehen müssen dass eine Linie jedenfalls dann ertragreicl ist, wenn der konkurrierende Verkehrsunter nehmer für sie einen eigenwirtschaftlicher Antrag stellt. Der Versagungsgrund de Herauslösungsverbots aus § 13 Abs. : Satz 1 Nr. 3 Buchstabe d) PBefG greift des halb grundsätzlich bei einzelnen eigenwirt schaftlichen Linien oder bei einer Anzah von verkehrlich miteinander verflochtene Linien aus einem vorhandenen Verkehrs netz, welches insgesamt Gegenstand eine Betrauung ist.

### Wettbewerb bei neuer Betrauung möglich

Das schränkt den Wettbewerb nicht übermäßig ein, weil dieser – wie es in der Logik vor so genannten Verordnungsverkehren liegt ·

ANZEIGE



### Analyse, Konzeption und Moderation

- ÖPNV-Angebotsplanung
- Elektromobilitätskonzepte
- Verkehrsmarketingkonzepte
- Mobilitätsmanagement
- Nahverkehrsplanung
- Radverkehrskonzepte

### tjm-consulting

mobilitätsmanagement

Hansaring 61 • D-50670 Köln Fon +49 (0) 221 / 33 05 03 • 0 info@tjm-consulting.de www.tjm-consulting.de dann stattfindet, wenn ein neuer öffentlicher Dienstleistungsauftrag zur Vergabe ansteht.

Vergleichsweise deutlich geregelt hat der Gesetzgeber die Geltungsdauer von Genehmigungen bei bestehender Betrauung. Sowohl für Straßenbahn- und O-Busverkehre (§ 16 Abs. 1 Satz 3 PBefG) wie für Linienverkehre mit Kraftfahrzeugen (§ 16 Abs. 2 Satz 3 PBefG) darf die Geltungsdauer der Genehmigung die Laufzeit eines öffentlicher Dienstleistungsauftrags nicht überschreiten wenn die beantragte Verkehrsleistung Gegenstand eines öffentlichen Dienstleistungs auftrags im Sinne von Art. 3 Abs. 1 de VO 1370/2007 ist. Diese Voraussetzung is bei dem Bestandsunternehmer infolge de weiter geltenden Betrauung erfüllt. Hat seine Betrauung, wie das die Regel sein dürfte eine Laufzeit bis zum 3. Dezember 2019, is die Geltungsdauer der Genehmigung au diesen Zeitraum zu begrenzen.

#### **Fazit**

Im Ergebnis erweist sich damit die Antwor auf die aufgeworfene Frage als vergleichs weise eindeutig. Wenn das bestandsbetraute Unternehmen sachgerecht vorgeht (Analysi der eigenen Betrauung; gegebenenfalls Ab stimmung mit dem Aufgabenträger; Stellung eines Genehmigungsantrags unter Berufun auf die bestehende Betrauung; Beachtunder Frist aus § 12 Abs. 7 PBefG), wird di-Genehmigungsbehörde ihm erneut eine Lin enverkehrsgenehmigung erteilen müsser allerdings zeitlich befristet bis zum Laufzeiende der bestehenden Betrauung (§ 1 Abs. 1 Satz 3 bzw. Abs. 2 Satz 3 PBefG Konkurrierende eigenwirtschaftliche Anträg können aus Rechtsgründen keinen Erfolg ha ben. Sie scheitern entweder, zeitlich alle dings beschränkt auf das Jahr 2013, an de Verfahrensregelung des § 12 Abs. 5 PBef unter dem Aspekt der Verfristung, jedenfall aber am Versagungsgrund des § 13 Abs. Satz 1 Nr. 3 Buchstabe d) PBefG, dem He rauslösungsverbot.

#### Literatur/Anmerkungen

- Gesetz zur Änderung personenbeförderungsrech licher Vorschriften vom 14.12.2012, BGBI I 2598.
- [2] Art. 7 des Gesetzes zur Änderung personenbeförd rungsrechtlicher Vorschriften vom 14.12.2012.
- [3] EuGH, Urteil vom 24.07.2003, Rs. C-280/00, S 2003, I-7747 – Altmark Trans.
- [4] Der Bundesgesetzgeber hat sich aus primär pol schen Gründen die Sichtweise zu eigen gemacht, c Linienverkehrsgenehmigung nach dem PBefG s trotz ihrer, konkurrierende Verkehre sehr weitgehei ausschließenden Wirkung kein ausschließlich Recht im Sinne der Begriffsdefinition in Art. 2 Buc stabe f) VO 1370/2007. Das wird nicht nur von der E ropäischen Kommission, sondern zunehmend au von Gerichten anders gesehen.
- [5] BT-Drs. 17/10857, Seite 26.
- [6] Vgl. Kiepe, Das neue Personenbeförderungsrec Publicus 12/2012, S. 4.