# BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

# IM NAMEN DES VOLKES

# URTEIL

BVerwG 3 C 33.05
OVG 7 LB 3545/01

Verkündet
am 19. Oktober 2006
Bech
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 3. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 19. Oktober 2006
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Kley
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht van Schewick, Dr. Dette,
Liebler und Prof. Dr. Rennert

für Recht erkannt:

Die Urteile des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts vom 16. September 2004 und des Verwaltungsgerichts Osnabrück vom 1. Juni 2001 werden geändert. Der Bescheid der Bezirksregierung Weser-Ems vom 13. November 1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheids vom 15. Februar 1999 wird aufgehoben.

Die Beklagte und die Beigeladene tragen die Kosten des Rechtsstreits je zur Hälfte.

G r ü n d e :

I

1 Die Klägerin, ein privates Busunternehmen, wendet sich gegen eine Genehmigung, mit der der Beigeladenen der Weiterbetrieb von drei Omnibuslinien im Landkreis E. gestattet worden ist.

2 Über Jahrzehnte war der Landkreis selbst Inhaber der entsprechenden Linienverkehrsgenehmigungen gewesen. Die Betriebsführerschaft hatte er mit Genehmigung der zuständigen Behörde auf die Klägerin übertragen. Die ihm zuletzt erteilten Genehmigungen datierten vom 11. Juni 1990 und waren befristet bis zum 23. Mai 1998 bzw. bis zum 4. Juni 1998.

3 Mit Schreiben vom 5. Februar 1998 beantragte der Landkreis E. bei der Bezirksregierung, der Funktionsvorgängerin der Beklagten, die Genehmigung zur Übertragung der drei Linienverkehrsgenehmigungen auf die Beigeladene. Diese war 1997 gegründet worden. Ihr alleiniger Gesellschafter ist der Landkreis. Er hat der Beigeladenen zur Kapitalausstattung neben der Stammeinlage von 800 000 DM Aktien von zwei Versorgungsunternehmen im Wert von 22 Mio. DM übertragen. Mit Bescheid vom 19. Mai 1998 genehmigte die Bezirksregierung die Übertragung der genannten Genehmigungen auf die Beigeladene.

4 Bereits unter dem 6. April 1998 hatte der Landkreis E. die Wiedererteilung der Linienverkehrsgenehmigungen für die streitigen Strecken beantragt und gebeten, weiterhin die Übertragung der Betriebsführerschaft auf die Klägerin zu genehmigen. Im Hinblick auf Schwierigkeiten, den Antrag rechtzeitig vor Auslaufen der alten Genehmigungen zu bescheiden, erteilte die Bezirksregierung dem Landkreis mit Bescheid vom 18. Mai 1998 eine einstweilige bis zum 17. November 1998 befristete Erlaubnis nach § 20 PBefG für die drei Linien. Unter dem 14. Oktober 1998 legte die Beigeladene überarbeitete, auf eine Genehmigungsdauer von acht Jahren zielende Genehmigungsanträge vor und beantragte, die weitere Übertragung der Betriebsführung befristet bis zum 31. Januar 1999 zu genehmigen; danach werde sie selbst die Betriebsführung übernehmen. Den Betriebsführervertrag mit der Klägerin kündigte die Beigeladene mit Schreiben vom 19. Oktober 1998 zum 31. Januar 1999.

5 Unter dem 23. Oktober 1998 beantragte die Klägerin, ihr selbst die Genehmigung für den Linienverkehr auf den streitigen Strecken zu erteilen. Der Antrag sah Verbesserungen und Erweiterungen gegenüber dem bisherigen Betrieb,

etwa die Einführung eines Stundentakts, vor. Daraufhin erklärte die Beigeladene mit Schreiben vom 2. November 1998, sie werde ihrerseits wesentliche Verbesserungen wie die Einführung eines Regio-Taktes und einen erleichterten Übergang auf andere Verkehrsmittel vornehmen.

6 Mit dem hier streitigen Bescheid vom 13. November 1998 erteilte die Bezirksregierung der Beigeladenen die Genehmigung zum Weiterbetrieb des Linienverkehrs auf den in Rede stehenden Strecken für die Zeit vom 18. November 1998 bis zum 17. November 2000. Zugleich genehmigte sie die Übertragung der Betriebsführung auf die Klägerin für die Geltungsdauer der Genehmigung. Die Beschränkung der Geltungsdauer auf zwei Jahre begründete die Behörde damit, dass im Planungsbereich das öffentliche Verkehrsinteresse einem ständigen Wandel unterworfen sei.

7 Die Klägerin erhob gegen den Genehmigungsbescheid am 2. Dezember 1998 Widerspruch. Dazu machte sie geltend, ihr komme die Besitzstandsregelung des § 13 Abs. 3 PBefG zugute. Sie allein sei Unternehmerin im Sinne dieser Bestimmung, weil sie in der Vergangenheit den Linienverkehr betrieben und die dafür notwendigen umfangreichen Investitionen getätigt habe. Außerdem sei ihr Antrag im Hinblick auf die Verkehrsbedienung besser als der der Beigeladenen. Schließlich sei die Beigeladene zum Betrieb der Linien nicht in der Lage, weil ihr dazu die notwendigen Mittel fehlten; sie verfüge über keinen einzigen Bus.

8 Die Beigeladene erhob gegen den Bescheid vom 13. November 1998 ebenfalls Widerspruch, soweit die Genehmigung nur für zwei und nicht für acht Jahre erteilt worden war.

9 Den Genehmigungsantrag der Klägerin lehnte die Bezirksregierung mit Bescheid vom 21. Januar 1999 ab. Dazu führte sie aus, nachdem die Beigeladene ihr Verkehrsangebot wesentlich verbessert habe, seien ihr Antrag und der Antrag der Klägerin im Hinblick auf die Verkehrsbedienung gleichwertig. Mit den Nachbesserungen habe die Beigeladene von ihrem Ausgestaltungsrecht gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c PBefG Gebrauch gemacht. Unter diesen Umständen sei nach § 13 Abs. 3 PBefG entscheidend, dass die Beigeladene als

verdiente Altunternehmerin anzusehen sei und ihr daher Besitzstandsschutz zukomme. Gegen diesen Bescheid hat die Klägerin fristgerecht Widerspruch eingelegt, über den bislang nicht entschieden worden ist.

10 Auf den Widerspruch der Beigeladenen hob die Bezirksregierung mit Bescheid vom 15. Februar 1999 ihren Genehmigungsbescheid vom 13. November 1998 auf, soweit darin die Übertragung der Betriebsführung auf die Klägerin genehmigt und die Liniengenehmigung auf zwei Jahre befristet worden war; zugleich erteilte sie der Beigeladenen die Genehmigung zur Durchführung der Linienverkehre für acht Jahre. Dazu führte sie aus, die Befristung auf zwei Jahre sei Teil eines Kompromisses zwischen den Beteiligten über die weitere Zusammenarbeit gewesen; da dieser Kompromiss gescheitert sei, sei für eine Befristung von nur zwei Jahren kein Raum. Die Übertragung der Betriebsführung sei von der Beigeladenen nicht beantragt gewesen.

11 Mit Schreiben vom 18. Februar 1999 übersandte die Bezirksregierung der Klägerin eine Kopie des an die Beigeladene gerichteten stattgebenden Widerspruchsbescheids unter Beifügung einer Rechtsbehelfsbelehrung und führte aus: Ein Recht des Betriebsführers auf die Betriebsführung werde mit der Genehmigung gemäß § 2 Abs. 2 PBefG nicht begründet. Auch aus dem Betriebsführungsvertrag ergebe sich kein Rechtsanspruch der Klägerin auf Weiterführung des Betriebes, wenn es im Innenverhältnis zwischen ihr und der Beigeladenen zu einem Interessenkonflikt und der Kündigung des Betriebsführungsvertrages komme. Unter diesen Umständen habe die Beigeladene einen Anspruch darauf, dass die Übertragungsgenehmigung aufgehoben werde.

12 Die Klägerin hat gegen die der Beigeladenen erteilte Genehmigung vom 13. November 1998 in der Form des Widerspruchsbescheids vom 15. Februar 1999 Klage erhoben. Das Verwaltungsgericht hat die Klage durch Urteil vom 1. Juni 2001 abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Besitzstandsschutz des § 13 Abs. 3 PBefG komme im Falle einer Übertragung der Betriebsführung allein dem Inhaber der Linienverkehrsgenehmigung und nicht dem Betriebsführer zu.

13 Die Berufung der Klägerin hat das Oberverwaltungsgericht durch Urteil vom 16. September 2004 zurückgewiesen. Dies hat es im Wesentlichen wie folgt begründet: Die Klage sei unzulässig, soweit sie sich gegen die Aufhebung der Genehmigung zur Übertragung der Betriebsführung auf die Klägerin richte. Diese Genehmigung vermittele der Klägerin keine eigenen Rechte, weil es allein in der Bestimmungsbefugnis des Genehmigungsinhabers liege, ob und wie lange er von der Möglichkeit der Übertragung der Betriebsführung Gebrauch mache. Dagegen sei die Klage gegen die der Beigeladenen erteilte Linienverkehrsgenehmigung zulässig, weil die Klägerin insoweit konkurrierende Bewerberin um eine entsprechende Genehmigung sei. Die Klage sei aber unbegründet. Die erteilte Genehmigung sei rechtmäßig. Ihre Rechtsgrundlage finde sie in § 13 PBefG, denn sie sei antragsgemäß für eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen erteilt worden. Die von der Klägerin dagegen erhobenen Bedenken griffen nicht durch. Bei einem auf § 13 PBefG gestützten Genehmigungsantrag habe die Behörde weder die Pflicht noch die Möglichkeit zu prüfen, wie der beabsichtigte Verkehr im Einzelnen finanziert werden solle und ob dabei die gemeinschaftsrechtlichen Beihilferegelungen beachtet würden. Es könne offenbleiben, ob die Genehmigung ausnahmsweise zu versagen sei, wenn offensichtlich sei, dass das Merkmal der Eigenwirtschaftlichkeit nicht erfüllt werden könne. Derartige greifbare Anhaltspunkte hätten im maßgeblichen Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung nicht vorgelegen. Auch die Klägerin habe diesbezügliche Rügen im Rahmen ihrer Anhörung nicht erhoben. Im Übrigen sei die Beigeladene der Behauptung der Klägerin, dass der Landkreis E. pauschal ihre Verluste bei der Durchführung der streitigen Linienverkehre abdecke, substantiiert entgegengetreten. Abgesehen davon müsste selbst ein Linienbetrieb im öffentlichen Personennahverkehr, der zwingend auf Zuschüsse der öffentlichen Hand angewiesen sei, nicht notwendigerweise als gemeinwirtschaftlich gelten und damit dem Genehmigungsverfahren nach § 13a PBefG unterliegen. Jedenfalls unter Zugrundelegung allein des nationalen Rechts stellten Zuschüsse zu defizitären Verkehrsleistungen die Eigenwirtschaftlichkeit nicht in Frage. Gemeinschaftsrechtlich ergebe sich die Zulässigkeit einer solchen Regelung aus Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69. Die vom Europäischen Gerichtshof im Urteil vom 24. Juli 2003 - Rs. C-280/00 - (Slg 2003 I-7810 - Altmark-Trans) geäußerten Zweifel an einer hinreichend klaren Ausnahmere-

gelung im nationalen Recht seien unbegründet. Die Frage, ob etwa gewährte Zuschüsse der öffentlichen Hand zum Ausgleich eines Defizits des Linienbetriebs beihilferechtlich zulässig seien, berühre die Rechtmäßigkeit der nach § 13 PBefG erteilten Genehmigungen nicht.

14 Das Berufungsgericht führt weiter aus, die Rechtsvorgängerin der Beklagten habe der Beigeladenen zu Recht das Altunternehmerprivileg des § 13 Abs. 3 PBefG zugebilligt. Unternehmer im Sinne dieser Bestimmung sei der Inhaber der Linienverkehrsgenehmigung. Für das Merkmal des langjährigen Betreibens reiche es, dass der Verkehr durch einen Auftragsunternehmer oder einen Betriebsführer im Rahmen einer Betriebsführungsübertragung ausgeführt worden sei.

15 Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr Anfechtungsbegehren weiter. Zur Begründung trägt sie vor, die Finanzierung der Beigeladenen durch den Landkreis stelle eine gemeinschaftsrechtlich unzulässige Beihilfegewährung dar. Diese bestehe in der Übertragung eines Aktienpakets im Wert von 22 Mio. DM und in der aus dem Haushaltsplan ersichtlichen pauschalen Verlustübernahme in Millionenhöhe. Die Zuschüsse stellten keinen nach der Verordnung Nr. 1191/69 zulässigen Ausgleich für der Beigeladenen auferlegte öffentliche Verpflichtungen dar, denn das Instrumentarium dieser Verordnung sei nicht angewandt worden. Die Zuschüsse genügten auch nicht den „vier Kriterien“ der Altmark-Trans-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs. Keines dieser Kriterien sei erfüllt.

16 Die Klägerin meint, die gemeinschaftsrechtswidrige Finanzierung des von der Beigeladenen betriebenen Verkehrs schließe dessen Eigenwirtschaftlichkeit aus. Dies habe die zuständige Behörde im Genehmigungsverfahren nach § 13 PBefG zu prüfen und zu beachten. Ohne eine Prüfung des wirtschaftlichen Rahmens und der Finanzierung fehle den Genehmigungsbehörden die Entscheidungsgrundlage, ob eine Genehmigung nach § 13 PBefG oder aber nach § 13a PBefG erteilt werden müsse. Die Notwendigkeit, die Beihilferechtswidrigkeit der Finanzierung der Beigeladenen im Genehmigungsverfahren zu berücksichtigen, ergebe sich außerdem aus der Verpflichtung der Mitgliedstaaten in

Art. 10 Unterabs. 2 EG, alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrages gefährden könnten.

17 Darüber hinaus beanstandet die Klägerin die Auswahlentscheidung zugunsten der Beigeladenen. Das Berufungsgericht habe zu Unrecht der Beigeladenen den Besitzstandsschutz des § 13 Abs. 3 PBefG gewährt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts werde der Betriebsführer, dem mit behördlicher Genehmigung die Betriebsführung übertragen worden sei, anstelle des Genehmigungsinhabers zum Unternehmer. Er allein betreibe den Verkehr eigenverantwortlich und im eigenen Namen, so dass der Inhaber der Linienverkehrsgenehmigung auch insoweit die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 13 Abs. 3 PBefG nicht erfüllen könne.

18 Die Beklagte hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Dabei betont sie insbesondere, der deutsche Gesetzgeber habe mit der Regelung der § 8 Abs. 4 und § 13a PBefG eine rechtssichere Teilbereichsausnahme von den Regelungen der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 geschaffen. Die Zulässigkeit einer solchen Teilbereichsausnahme habe der Europäische Gerichtshof im Altmark-Trans-Urteil anerkannt. Der Gesetzgeber habe sich auch in den Grenzen der Ermächtigung des Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 VO (EWG) Nr. 1191/69 gehalten. Die Beklagte verteidigt auch die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts, dass bei der Genehmigung eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs die Frage der Beihilferechtskonformität der zu erwartenden Finanzierung nicht zu prüfen sei. Das Gesetz enthalte kein Tatbestandsmerkmal, unter das sich eine solche Prüfung subsumieren ließe. Die von der Klägerin geforderte umfassende Prüfung der Finanzierung jeder einzelnen Linie sei von der Genehmigungsbehörde nicht zu leisten. Schließlich hält die Beklagte daran fest, dass der Besitzstandsschutz des § 13 Abs. 3 PBefG zu Recht der Beigeladenen und nicht der Klägerin zugebilligt worden sei.

19 Die Beigeladene beantragt ebenfalls, die Revision zurückzuweisen. Sie tritt insbesondere dem Vortrag der Klägerin entgegen, die Finanzierung ihrer Verkehrsleistung sei gemeinschaftsrechtswidrig. Die Behauptung der Klägerin, die Beigeladene erhalte einen pauschalen Verlustausgleich, stehe im Widerspruch

zu den Feststellungen des angefochtenen Urteils. Auch die Finanzausstattung der Beigeladenen sei keine gemeinschaftsrechtlich unzulässige Beihilfe. Im Übrigen habe das Berufungsgericht zu Recht erkannt, dass eine beihilferechtswidrige Finanzierung von Verkehrsleistungen die Genehmigungsfähigkeit nach § 13 PBefG nicht entfallen lasse.

20 Die Vertreterin des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht beteiligt sich am Verfahren. In Übereinstimmung mit dem Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung trägt sie vor, das angefochtene Urteil stehe hinsichtlich des Prüfungsumfangs bei Genehmigungen eigenwirtschaftlicher Verkehre und hinsichtlich der Auslegung des eigenwirtschaftlichen Verkehrs vor dem Hintergrund der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 und des europäischen Beihilferechts mit dem revisiblen Recht in Einklang. Das Personenbeförderungsgesetz gehe im Regelfall davon aus, dass Verkehrsleistungen eigenwirtschaftlich erbracht werden und nur in Ausnahmefällen gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen vorliegen. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis korrespondiere mit der weitgefassten Definition der Eigenwirtschaftlichkeit. Die Genehmigungsbehörde habe deshalb keinen Grund, die Eigenwirtschaftlichkeit eines beantragten Verkehrs in Zweifel zu ziehen. Das besondere Genehmigungsverfahren nach § 13a PBefG sei auf die dort genannten und offensichtlichen Fälle beschränkt, nämlich die Auferlegung oder Vereinbarung einer Verkehrsleistung auf der Grundlage der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69. In allen anderen Fällen könne die Genehmigungsbehörde ohne weiteres davon ausgehen, dass der beantragte Verkehr eigenwirtschaftlich erbracht werden solle. Die gegenteilige Ansicht der Klägerin führe praktisch zu untragbaren Konsequenzen. Art. 10 Unterabs. 2 EG führe zu keinem anderen Ergebnis. Das Beihilferegiment der Gemeinschaft sei umfassend und effektiv. Zu seiner Durchsetzung bedürfe es nicht zusätzlich der Berücksichtigung in gewerberechtlichen Genehmigungsverfahren.

II

21 Die Revision ist begründet. Das angefochtene Urteil verletzt Bundesrecht, soweit es die Klage teilweise für unzulässig erklärt und soweit es im Übrigen die

Erteilung der Linienverkehrsgenehmigungen an die Beigeladene als rechtmäßig angesehen hat.

22 1. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht die Klage für unzulässig erklärt, soweit sie sich gegen die im Widerspruchsbescheid vom 15. Februar 1999 erfolgte Aufhebung der Genehmigung zur Übertragung der Betriebsführung auf die Klägerin richte. Damit hat es über ein Begehren entschieden, das nicht Gegenstand der Klage war (§ 88 VwGO).

23 Die Genehmigung zur Übertragung der Betriebsführung setzt notwendig den Bestand der Linienverkehrsgenehmigung voraus. Deren Beseitigung ist aber gerade das Ziel der von der Klägerin erhobenen Anfechtungsklage. Ist diese erfolgreich, so bleibt für eine Genehmigung zur Übertragung der Betriebsführung kein Raum mehr. Die Annahme, die Klage richte sich - auch - gegen die Aufhebung der Betriebsführergenehmigung, steht mithin erkennbar im Widerspruch zu dem von der Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit verfolgten Ziel.

24 2. Die Klage gegen die der Beigeladenen erteilten Linienverkehrsgenehmigungen ist begründet. Die Genehmigungen sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten.

25 a) Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die streitigen Genehmigungen ihre Rechtsgrundlage in § 13 PBefG haben. Die Auffassung der Klägerin, die Linienverkehre der Beigeladenen benötigten eine Genehmigung nach § 13a PBefG, weil die Beigeladene dafür - gemeinschaftsrechtlich unzulässige - Beihilfen des Landkreises erhalte, trifft nicht zu.

26 aa) § 13 PBefG regelt die Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen. Die Genehmigung gemeinwirtschaftlicher Verkehre richtet sich hingegen nach § 13a PBefG i.V.m. der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs vom 26. Juni 1969 (ABl Nr. L 156) S. 1 i.d.F. der Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 vom 20. Juni 1991 (ABl Nr. L 169 S. 1). Das ergibt sich aus

Folgendem: Bis zum 31. Dezember 1995 richteten sich die Voraussetzungen für die in § 2 PBefG vorgeschriebene Genehmigung des Linienverkehrs mit Kraftfahrzeugen allein nach § 13 PBefG. Die Anwendung der Verordnung Nr. 1191/69 war durch Verordnung des Bundesministers für Verkehr vom 31. Juli 1992 (BGBl I S. 1442) für den öffentlichen Personennahverkehr generell bis zum 31. Dezember 1995 ausgeschlossen. Durch Art. 6 Abs. 116 des Gesetzes vom 27. Dezember 1993 (BGBl I S. 2378) hat der Gesetzgeber mit Wirkung vom 1. Januar 1996 in § 8 Abs. 4 PBefG für die Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen im öffentlichen Personennahverkehr die Unterscheidung zwischen eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen eingeführt. Die Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre erfolgt weiter nach § 13 PBefG. Die Genehmigungsvoraussetzungen für gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen ergeben sich dagegen seither, wie die vom Gesetzgeber eingefügte Überschrift belegt, aus § 13a PBefG. Nach dieser Bestimmung ist die Genehmigung zu erteilen, soweit sie für die Umsetzung einer Verkehrsleistung aufgrund einer Auferlegung oder Vereinbarung im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 erforderlich ist und dabei diejenige Lösung gewählt worden ist, die die geringsten Kosten für die Allgemeinheit mit sich bringt.

27 § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG legt als Grundsatz fest, dass Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr eigenwirtschaftlich zu erbringen sind. Satz 2 definiert als eigenwirtschaftlich Verkehrsleistungen, deren Aufwand gedeckt wird durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne. Satz 3 bestimmt sodann, dass die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 in ihrer jeweils geltenden Fassung maßgebend ist, soweit eine ausreichende Verkehrsbedienung durch eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen nicht möglich ist.

28 bb) Die genehmigten Verkehrsleistungen der Beigeladenen sind eigenwirtschaftlich. Dies gilt auch dann, wenn die Beigeladene vom Landkreis Zuschüsse zum Defizitausgleich erhält. Zuschüsse der öffentlichen Hand zu den Kosten einer Verkehrsleistung heben deren Eigenwirtschaftlichkeit nicht auf. Dies folgt aus der Bestimmung des § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG, wonach auch sonstige Un-

ternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinn zur Finanzierung eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs gehören.

29 Vorliegend ist allerdings streitig, ob die Beigeladene derartige Zuschüsse überhaupt erhält. Die Klägerin bejaht dies unter Hinweis auf die Haushaltsstelle 79200.67500 des Haushalts des Landkreises, in dem für 2003 und 2004 ein Haushaltsansatz von 1 620 000 € „als Verlustausgleich für ÖPNV-Leistungen“ ausgewiesen ist. Außerdem macht sie geltend, die Beigeladene habe durch die Übertragung eines Aktienpakts im Wert von 22 Mio. DM vom Landkreis eine im Hinblick auf ihre Aufgabenstellung unangemessene Finanzausstattung erhalten, die ein wirtschaftlich denkender privater Unternehmer seinem Unternehmen keinesfalls zugewendet hätte; auch dies sei gemeinschaftsrechtlich eine Beihilfe.

30 Für das Revisionsverfahren ist von der Richtigkeit dieses Vortrags auszugehen. Das Oberverwaltungsgericht hat zu diesen Fragen keine abschließenden tatsächlichen Feststellungen getroffen. Es fehlt eine eindeutige Aussage, dass der streitige Verkehr der Beigeladenen vom Landkreis jenseits der Erstattung von Schülerbeförderungskosten, die nach § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG ohnehin die Eigenwirtschaftlichkeit nicht in Frage stellen, nicht bezuschusst werde. Das Gericht führt zwar aus, greifbare Anhaltspunkte dafür, dass der beantragte Verkehr nicht eigenwirtschaftlich sei, hätten im Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung nicht vorgelegen. Das bedeutet jedoch nicht, dass eine Zuschussgewährung in Form der Verlustübernahme nicht doch stattgefunden hat. Im Übrigen beschränkt sich das Berufungsurteil auf die Aussage, die Beigeladene sei der Behauptung der Klägerin, dass der Landkreis pauschal ihre Verluste bei der Durchführung der streitigen Linienverkehre abdecke, „substantiiert entgegengetreten“. Den im Haushalt deklarierten Posten eines Verlustausgleichs habe die Beigeladene damit begründet, dass es sich um die Übernahme von Schülerbeförderungskosten nach § 45a PBefG handele. Substantiiertes Entgegentreten gegen eine - substantiierte - Behauptung reicht nicht aus, die Behauptung als widerlegt anzusehen. Die Erläuterung der Haushaltsstelle durch die Beigeladene steht zumindest im Widerspruch zu deren Bezeichnung; dies ist besonders auffallend, weil die nächste Haushaltsstelle ausdrücklich als Er-

stattung von Schülerbeförderungskosten deklariert ist. Zu dem Vortrag der Klägerin zu einer unangemessenen Finanzausstattung verhält sich das angefochtene Urteil nicht.

31 In seinem Vorlagebeschluss vom 6. April 2000 - BVerwG 3 C 7.99 - (Buchholz 442.01 § 8 PBefG Nr. 1) hat der Senat die Frage, ob die Notwendigkeit öffentlicher Zuschüsse die Eigenwirtschaftlichkeit nach § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG ausschließt, nach nationalem Recht verneint. Er hat ausgeführt, nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck der Regelung fielen derartige öffentliche Zuschüsse unter die sonstigen Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG. Daran ist festzuhalten.

32 Der Senat hat aber dem Europäischen Gerichtshof die Frage vorgelegt, ob eine solche Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere mit der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 vereinbar sei. Dazu hat der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 24. Juli 2003 - Rs. C-280/00 - „Altmark-Trans“ entschieden, die Verordnung (EWG) 1191/69, insbesondere Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2, sei dahin auszulegen, dass einem Mitgliedstaat die Möglichkeit eröffnet wird, diese Verordnung nicht auf den zwingend auf öffentliche Zuschüsse angewiesenen Betrieb von Liniendiensten im Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr anzuwenden und ihre Anwendung auf die Fälle zu beschränken, in denen anderenfalls eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht möglich ist; dies gelte allerdings nur unter der Voraussetzung, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit gewahrt sei. Damit steht fest, dass der deutsche Gesetzgeber berechtigt war, auf der Grundlage der Ausnahmebestimmung des Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 VO (EWG) Nr. 1191/69 eine sog. Teilbereichsausnahme anzuordnen, die auch defizitäre und notwendig auf öffentliche Zuschüsse angewiesene Verkehrsleistungen von den Bestimmungen der Verordnung (EWG) 1191/69 freistellt.

33 Mit der Regelung der § 8 Abs. 4, § 13 PBefG hat der nationale Gesetzgeber eine Bereichsausnahme von der VO (EWG) 1191/69 angeordnet, die den aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit folgenden Erfordernissen der Bestimmtheit und Klarheit genügt.

34 Die Frage einer rechtssicheren Ausnahme von der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 ist von den Beteiligten nur am Rande behandelt worden, da auch die Klägerin vom Bestehen einer solchen Ausnahme ausgeht. In der Rechtsprechung hat das Oberverwaltungsgericht Koblenz in einem vorläufigen Rechtsschutzverfahren durch Beschluss vom 4. November 2005 - 7 B 11329/05 - (LKV 2006 S. 276) eine rechtssichere Ausnahme verneint. Im Schrifttum folgen dem Wachinger (WiVerwG 2004 S. 27, 37) und Heinze (TranspR 2005 S. 373, 375) sowie das Hessische Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung in einem Runderlass vom 12. März 2004 unter Berufung auf ein Gutachten der KCW GmbH vom 24. Februar 2004. Dagegen bejahen die Rechtssicherheit Sellmann/Wiemann in einem Gutachten vom 20. April 2004 sowie ein Bericht des Bund-Länder-Fachausschusses Straßenpersonenverkehr vom 18. Februar 2004 S. 15 f. sowie Ronellenfitsch (VerwArch 2004, 425, 438 f.). Teilweise leiden die Stellungnahmen allerdings daran, dass die Frage der rechtssicheren Bereichsausnahme nicht von der Frage, ob und welche öffentlichen Zuschüsse als sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne zu bewerten sind, unterschieden wird.

35 Der Europäische Gerichtshof hat Zweifel an der Bestimmtheit und Klarheit der deutschen Regelung wegen der auf die Gesetzesmaterialen gestützten Aussage des Senats geäußert, der Unternehmer habe die Wahl, ob er einen Verkehr eigen- oder gemeinwirtschaftlich betreiben möchte mit der Folge, dass für die Genehmigung im ersten Fall § 13, im zweiten § 13a PBefG maßgeblich sei (vgl. BTDrucks 12/6269 S. 144). Diese Formulierung stimmt jedoch mit dem Inhalt der im Personenbeförderungsgesetz getroffenen Regelung nicht überein. Das ergibt sich zweifelsfrei aus der Systematik der maßgebenden Vorschriften. Grundlegend ist insoweit die Aussage des § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG, dass Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr eigenwirtschaftlich zu erbringen sind. Damit korrespondiert der Satz 3, dass die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 maßgebend ist, soweit eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht auf eigenwirtschaftlicher Grundlage möglich ist. Dies eröffnet dem Aufgabenträger sodann die Prüfung, ob eine eigenwirtschaftlich nicht zu erbringende Verkehrsleistung für eine ausreichende Verkehrsbedienung nötig ist, und darauf aufbauend die Möglichkeit, in dem in der Verordnung vorgesehenen Verfahren

für eine gemeinwirtschaftliche Erbringung der Verkehrsleistung zu sorgen. Der Unternehmer hat mithin nicht, wie im Vorlagebeschluss fälschlich dargestellt, das Wahlrecht zwischen einer Genehmigung nach § 13 oder § 13a PBefG. Sein Wahlrecht beschränkt sich auf die Entscheidung, ob er auf eigenes Risiko mit den ihm zur Verfügung stehenden Finanzmitteln einen Linienverkehr betreiben will oder nicht. Bejaht er die Frage, so steht ihm der Genehmigungsweg des § 13 PBefG offen. Verneint er sie, so liegt das weitere Vorgehen in der Hand des Aufgabenträgers. Bei der Genehmigung nach § 13 PBefG liegt mithin die Initiative beim Unternehmer, während im Falle des § 13a PBefG der Aufgabenträger initiativ werden muss.

36 Diese gestufte Konstruktion lässt keinen Raum für Zweifel, welche Verkehrsleistungen der deutsche Gesetzgeber von der Anwendung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 freistellt und für welche er diese Verordnung für maßgeblich erklären wollte. Daher liegt eine rechtssichere Teilbereichsausnahme von dieser Verordnung vor, wie auch das Berufungsgericht entschieden hat.

37 cc) Das Berufungsgericht hat auch zutreffend entschieden, dass die Qualifikation der Linienverkehre der Beigeladenen als eigenwirtschaftlich nicht davon abhängt, ob die - hier zu unterstellenden - Zuschüsse des Landkreises gemeinschaftsrechtlich als unzulässige Beihilfe anzusehen sind oder nicht. Dieser Aussage steht nicht entgegen, dass der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 24. Juli 2003 - Altmark Trans-, dessen Ausgangsverfahren ebenfalls die Erteilung einer Linienverkehrsgenehmigung nach § 13 PBefG zum Gegenstand hatte, ausführlich zum Beihilfecharakter öffentlicher Zuschüsse für Unternehmen im öffentlichen Personennahverkehr Stellung genommen hat. Diese Ausführungen beruhten darauf, dass der Senat dem Gerichtshof in seinem Vorlagebeschluss die entsprechenden Fragen zur Beantwortung vorgelegt hatte. Dazu, welche Konsequenzen die Einordnung solcher Zuschüsse als Beihilfe gegebenenfalls für die Erteilung der personenbeförderungsrechtlichen Genehmigung hat, verhält sich das Urteil dementsprechend nicht. Seinerzeit ergab sich die Entscheidungserheblichkeit der gestellten Fragen daraus, dass die Feststellung der beihilferechtlichen Unbedenklichkeit der Argumentation des damaligen Berufungsurteils ohne weiteres die Grundlage entzogen hätte. Die

nunmehr anzustellende Prüfung ergibt, dass die Genehmigung nach § 13 PBefG nicht mit der Begründung versagt werden darf, der beabsichtigte Linienverkehr solle teilweise durch gemeinschaftsrechtlich unzulässige Beihilfen finanziert werden. Die Rechtmäßigkeit etwaiger Zuschüsse ist nicht im Genehmigungsverfahren, sondern in dem dafür vorgesehenen Verfahren nach Art. 87 ff. EG zu prüfen.

38 § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG lässt für eine entsprechende Prüfung keinen Raum. In dem Vorlagebeschluss vom 6. April 2000 hat der Senat die sonstigen Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinn dahin bestimmt, es müsse sich um Erträge des Unternehmens handeln, die in die Gewinn- und Verlustrechnung aufzunehmen sind. Nach diesem Maßstab gehören auch Beihilfen zu den Unternehmenserträgen unabhängig davon, ob sie gemeinschaftsrechtlich zulässig sind oder nicht. Die Rechtswidrigkeit der Gewährung mag zur Folge haben, dass bilanzmäßig eine Rückstellung wegen des Risikos einer Rückzahlungsverpflichtung gebildet werden muss. Das ändert aber nichts daran, dass der Zuschuss zunächst einmal als Einnahme in die Gewinn- und Verlustrechnung eingeht.

39 Diese Auslegung entspricht auch der Absicht des historischen Gesetzgebers. Dieser wollte bei der Einführung des § 8 Abs. 4 PBefG gewährleisten, dass das bisherige System der Finanzierung des öffentlichen Personennahverkehrs durch Beförderungsentgelt, gesetzlich vorgeschriebene Ausgleiche und sonstige Zuschüsse weitergeführt werden könne (vgl. Wachinger, WiVerwG 2004, 27, 28; BTDrucks. 12/6269 S. 138 ff.).

40 Damit korrespondiert, dass das Prüfungsprogramm des § 13 PBefG auch im Übrigen an keiner Stelle eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der vom Unternehmer in seine Kalkulation aufgenommenen Erträge vorsieht. Zu Recht verweist die Vertreterin des Bundesinteresses in diesem Zusammenhang auf den Bericht des Bund-Länder-Fachausschusses Straßenpersonenverkehr vom 18. Februar 2004 zu den Konsequenzen der Altmark-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für die Finanzierungs- und Ausschreibungspraxis im öffentlichen Personennahverkehr in Deutschland. Dort ist ausgeführt, dass die

Genehmigungsbehörde überhaupt keine Möglichkeit habe, die Rechtmäßigkeit etwaiger Zuschüsse im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht verbindlich zu beurteilen. In der Tat ist schon die Frage, ob ein Zuschuss gemeinschaftsrechtlich als Beihilfe zu bewerten ist, äußert schwierig zu beurteilen. Von der öffentlichen Hand gezahlte Ausgleiche, die die Gegenleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen der Unternehmen darstellen, sind nämlich keine Beihilfen (vgl. EuGH, Urteil vom 7. September 2006 - Rs. C-526/04 - Rz. 27 „Laboratoires Boiron SA“). Allerdings hat der Europäische Gerichtshof diese Aussage schon in der Altmark-Trans-Entscheidung unter den Vorbehalt der Einhaltung von vier Kriterien gestellt, die sicherstellen sollen, dass es sich tatsächlich um eine Gegenleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen und nicht um eine Überkompensation handelt. Auch die Frage der etwaigen Rechtfertigung einer solchen Beihilfe ist häufig nicht leicht zu beantworten. Es würde das Genehmigungsverfahren überfrachten, wenn es mit der Prüfung dieser schwierigen Fragen belastet würde. Erinnert sei nur an den Streit darüber, ob die vielfach praktizierte Quersubventionierung kommunaler Verkehrsbetriebe durch die Einnahmen der kommunalen Versorgungsbetriebe eine Beihilfe im gemeinschaftsrechtlichen Sinne ist.

41 Diese Problematik lässt sich auch keineswegs auf die Fälle des Konkurrentenschutzes beschränken. Ist die Genehmigung eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs für einen auf gemeinschaftsrechtlich unzulässige Beihilfen angewiesenen Verkehr rechtswidrig, so darf sie nicht erteilt werden unabhängig davon, ob ein Konkurrent davon wettbewerbswidrig beeinträchtigt wird oder nicht.

42 Entgegen der Auffassung der Klägerin gebietet Art. 10 Unterabs. 2 EG nicht, die Frage der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit öffentlicher Zuschüsse in das Genehmigungsverfahren einzubeziehen. Die fehlende Prüfungskompetenz der Genehmigungsbehörde kann die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts nicht ernsthaft beeinträchtigen. Der EG-Vertrag sieht in Art. 87 ff. ein striktes Beihilferegiment durch die Kommission vor. Gegebenenfalls ist der Empfänger einer unzulässigen Beihilfe zur Zurückzahlung verpflichtet. Ein übergangener Konkurrent hat die Möglichkeit, bei der Kommission wegen einer unzulässigen Beihilfe Anzeige zu erstatten; diese hat sodann die Möglichkeit, das sorgfältig

ausgestaltete Prüfungsverfahren in Gang zu setzen. Angesichts dieses gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen Wegs ist es europarechtlich nicht gefordert, dass der nationale Gesetzgeber der Genehmigungsbehörde im öffentlichen Personennahverkehr eine eigenständige Prüfungspflicht auferlegt, ob der zur Genehmigung gestellte Verkehr teilweise durch eine gemeinschaftsrechtlich unzulässige Beihilfe finanziert werden soll.

43 b) Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht hingegen darin, dass es die Auswahl des Beklagten zwischen den beiden Bewerbern um die Linienverkehrsgenehmigung unter Berufung auf § 13 Abs. 3 PBefG für rechtmäßig erklärt hat. Nach dieser Bestimmung ist der Umstand, dass ein Verkehr von einem Unternehmer jahrelang in einer dem öffentlichen Verkehrsinteresse entsprechenden Weise betrieben worden ist, im öffentlichen Personennahverkehr angemessen zu berücksichtigen. Zu Recht hält die Klägerin die Anwendung dieser Vorschrift zugunsten der Beigeladenen für unzutreffend, weil diese nach der Abgabe der Betriebsführerschaft den Verkehr nicht jahrelang betrieben hat.

44 Soweit die Klägerin sich darauf beruft, dass die Beigeladene selbst nur wenige Tage im Besitz der Altgenehmigung gewesen sei und mit der hier angefochtenen Genehmigung erstmals eine eigene Linienverkehrsgenehmigung erhalten habe, geht dies allerdings fehl. Mit der Übertragung der Linienverkehrsgenehmigungen vom Landkreis auf die Beigeladene wurde diese insoweit Rechtsnachfolgerin des Landkreises. Das bedeutet, dass dessen gesamte Rechtsstellung einschließlich der etwaigen Begünstigung des § 13 Abs. 3 PBefG auf die Beigeladene übergegangen ist. Maßgeblich ist also, ob die Beigeladene unter Einbeziehung ihres Rechtsvorgängers die Voraussetzungen des § 13 Abs. 3 PBefG erfüllt. Dies ist wegen der vor vielen Jahren erfolgten Übertragung der Betriebsführerschaft vom Landkreis auf die Klägerin nicht der Fall.

45 Es ist schon fraglich, ob derjenige, der die Betriebsführerschaft auf einen anderen übertragen hat, noch Unternehmer im Sinne des Personenbeförderungsrechts ist. Dazu hat der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts in einem Urteil vom 27. März 1992 - BVerwG 7 C 26.91 - (Buchholz 442.01 § 45a PBefG Nr. 5 = NVwZ 1992, 1198) ausgesprochen, dass bei einer Übertragung der Betriebs-

führung allein der Betriebsführer Unternehmer im personenbeförderungsrechtlichen Sinne sei, selbst wenn die Linienverkehrsgenehmigung nach wie vor von dem Übertragenden gehalten werde. Diese Entscheidung ist zwar zu § 45a PBefG ergangen, der den Ausgleich für Einnahmeverluste im Ausbildungsverkehr regelt. Begründet ist sie aber mit der Pflicht des Betriebsführers nach § 3 Abs. 2 Satz 1 PBefG, den Verkehr im eigenen Namen, unter eigener Verantwortung und für eigene Rechnung zu betreiben. Zwar bleibe die Unternehmereigenschaft nach § 2 Abs. 1 Satz 2 PBefG auch bei Verletzung dieser Pflichten bestehen. Zu berücksichtigen sei jedoch, dass das Gesetz im Ergebnis von einem Unternehmer ausgehe, der alle Merkmale aufweise, die auch im übrigen Geschäftsleben für die Unternehmereigenschaft als maßgeblich angesehen würden. Da dies nach § 3 Abs. 2 PBefG auch für denjenigen gelte, dem die Betriebsführung übertragen worden sei, werde der pflichtgemäß handelnde Betriebsführer zum Unternehmer anstelle des Genehmigungsinhabers; denn unter dieser Voraussetzung sei ausgeschlossen, dass neben dem Betriebsführer der Genehmigungsinhaber die Personenbeförderung eigenständig und selbstverantwortlich betreibe. Ob an diesen Überlegungen insbesondere im Verhältnis von Genehmigungsinhaber und Betriebsführer uneingeschränkt festzuhalten ist, erscheint fraglich. Das Gesetz ist insoweit nicht eindeutig. In § 2 Abs. 1 PBefG, der die Genehmigungspflicht festlegt, heißt es, wer mit bestimmten Verkehrsmitteln Personen entgeltlich oder geschäftsmäßig befördere, müsse im Besitz einer Genehmigung sein. Er sei Unternehmer im Sinne dieses Gesetzes. Damit werden an die Tatsache der Personenbeförderung zwei Folgerungen geknüpft. Zum einen ergibt sich daraus die Notwendigkeit der Genehmigung. Zum anderen ist derjenige, der befördert, der Unternehmer. Das Innehaben der Genehmigung begründet hiernach nicht die Unternehmereigenschaft. Diese ergibt sich vielmehr aus der Durchführung von Beförderungen. Das Berufungsgericht stellt dem gegenüber insbesondere auf § 3 Abs. 2 Satz 1 PBefG ab. Aus der parallelen Benennung von Unternehmer und Betriebsführer in dieser Vorschrift schließt es, dass der Unternehmer auch dann diese Qualifikation behalte, wenn er die Betriebsführung übertragen habe. Das ist nicht von der Hand zu weisen. In dieselbe Richtung weist begrifflich § 2 Abs. 2 Ziff. 2 PBefG. Danach bedarf der Genehmigung auch die Übertragung der Betriebsführung auf einen anderen. Da diese Genehmigung neben die „Unternehmergenehmigung“

des § 2 Abs. 1 gestellt ist, spricht dies dafür, dass die Übertragung der Betriebsführung die Unternehmereigenschaft nicht beendet.

46 Letztlich bedarf diese Frage hier aber keiner Entscheidung. Die Bevorzugung der Beigeladenen ist nämlich jedenfalls deshalb rechtswidrig, weil derjenige, der die Betriebsführung seit Jahren auf einen anderen übertragen hat, sich diesem gegenüber nicht darauf berufen kann, er habe gleichwohl jahrelang den Verkehr betrieben. Das Berufungsgericht bejaht dies zwar mit der Begründung, dem Genehmigungsinhaber werde der Verkehr des Betriebsführers zugerechnet. Das überzeugt jedoch nicht. In dem bereits angesprochenen § 3 Abs. 2 PBefG ist festgelegt, dass der Betriebsführer den Verkehr im eigenen Namen, unter eigener Verantwortung und für eigene Rechnung betreiben muss. Das bedeutet, dass die gesamten Verpflichtungen, die das Personenbeförderungsgesetz dem Unternehmer auferlegt, auf den Betriebsführer übergehen und von ihm eigenverantwortlich zu erfüllen sind. Der Inhaber der Linienverkehrsgenehmigung ist insoweit - beispielsweise im Hinblick auf die Haftung gegenüber den Passagieren - von jeder Pflicht frei. Demnach wird die Pflicht, den Betrieb eigenverantwortlich im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu führen, dem Betriebsführer alternativ zum Unternehmer auferlegt. Das Gesetz geht mithin davon aus, dass nur einer von beiden - und zwar im Falle der Übertragung der Betriebsführer - den Verkehr betreibt. Genau diese Formulierung greift § 13 Abs. 3 PBefG in seinem zweiten Tatbestandsmerkmal auf.

47 In dieselbe Richtung weisen Sinn und Zweck der den Altunternehmer begünstigenden Regelung des § 13 Abs. 3 PBefG. Das Kriterium der jahrelangen erfolgreichen Verkehrsbedienung verweist zum einen auf den im Gewerberecht bekannten Grundsatz „bekannt und bewährt“. Das entspricht einem berechtigten Verkehrsinteresse, bei der Erteilung einer neuen Genehmigung denjenigen zu bevorzugen, der in Jahren bewiesen hat, dass er den fraglichen Verkehr ordnungsgemäß betreibt. Darüber hinaus liegt der Regelung auch der Gedanke des Besitzstandsschutzes zugrunde. Die für die Durchführung eines rechtmäßigen Linienverkehrs getätigten Investitionen sollen nicht ohne Not entwertet werden. Diesem Gesichtspunkt hat der 7. Senat schon in einem Urteil vom 25. Oktober 1968 - BVerwG 7 C 134.66 - (Buchholz 442.1 § 13 PBefG Nr. 15)

entscheidendes Gewicht beigemessen. In diesem Fall hatte sich die Klägerin die Liniengenehmigungen einer Busfirma übertragen lassen, um eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Fahrplan- und Tarifgestaltung zu haben. Die Linie war aber weiter von dem früheren Genehmigungsinhaber betrieben worden. Der 7. Senat hat der Klägerin einen Besitzstandsschutz verweigert mit der Begründung, sie habe keine Aufwendungen für die Linie gemacht; da es an eigenen Leistungen der Klägerin fehle, sei eine Grundlage für die Gewährung von Besitzschutz nicht vorhanden.

48 Diese Überlegungen führen dazu, dem Genehmigungsinhaber jedenfalls im Verhältnis zum Betriebsführer keinen Besitzstandsschutz zuzubilligen. Der ordnungsgemäße Betrieb in den vorangegangenen Jahren, auf den die Vorschrift abhebt, ist das Verdienst des Betriebsführers, nicht des Genehmigungsinhabers. Der Betriebsführer, der den Betrieb auf eigene Rechnung führen muss, ist auch für die Beschaffung der zum Betrieb erforderlichen tatsächlichen und personellen Mittel verpflichtet.

49 Dieser Auslegung des § 13 Abs. 3 PBefG kann nicht entgegengehalten werden, dass dem Genehmigungsinhaber auch die Möglichkeit offenstehe, Auftragsunternehmer zur Durchführung des Verkehrs in Anspruch zu nehmen. Tut er dies, so bleibt er gleichwohl Herr des Verkehrs. Der Auftragnehmer wird entsprechend § 3 Abs. 2 PBefG im Namen und für Rechnung des Auftraggebers und unter dessen Verantwortung tätig. Dies unterscheidet ihn grundlegend von dem Betriebsführer, dem die Betriebsführung durch Genehmigung gestattet worden ist.

50 Die Rechtsvorgängerin der Beklagten hätte hiernach dem Genehmigungsantrag der Beigeladenen nicht unter Berufung auf § 13 Abs. 3 PBefG den Vorzug gegenüber dem Antrag der Klägerin geben dürfen. Da die Anträge im Übrigen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gleichwertig waren, machte dies die Auswahlentscheidung der Rechtsvorgängerin der Beklagten rechtswidrig. Es ist hier nicht zu entscheiden, ob der Betriebsführer seinerseits aus § 13 Abs. 3 einen Vorrang herleiten kann. Auch dagegen können Bedenken bestehen, da in diesem Falle aus dem Gesichtspunkt des Besitzstandsschutzes eine

Erweiterung der Rechtsstellung des Betriebsführers hergeleitet würde. Dieser war in der Vergangenheit nicht Inhaber der Linienverkehrsgenehmigung, so dass er auf deren Erhalt auch nicht bauen konnte. Die jahrelange beanstandungsfreie Betriebsführung durch den Betriebsführer ist aber jedenfalls ein Gesichtspunkt, der in die im behördlichen Ermessen stehende Auswahlentscheidung einzustellen ist. Der 7. Senat hat im Übrigen in dem zitierten Urteil vom 25. Oktober 1968 einen Besitzschutz in der Weise erwogen, dass der bisherigen Genehmigungsinhaberin eine neue Genehmigung nur unter der Auflage zu erteilen sei, den Betrieb der Linie weiterhin der bisherigen Betriebsführerin zu übertragen.

51 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Kley van Schewick Dr. Dette

Liebler Prof. Dr. Rennert

| | |
|---|---|
| Sachgebiet: | BVerwGE: ja |
| Verkehrswirtschaft - Linienverkehrsgenehmigung im öffentlichen Personennahverkehr | Fachpresse: ja |

Rechtsquellen:

| | |
|---|---|
| PBefG | § 8 Abs. 4, §§ 13, 13a |
| VO (EWG) 1191/69 | Art. 1 Abs. 2 |
| VwGO | § 88 |

Stichworte:

Linienverkehrsgenehmigung; eigenwirtschaftlicher Verkehr; gemeinwirtschaftlicher Verkehr; gemeinschaftsrechtliche Beihilfe; öffentliche Zuschüsse; Altunternehmerprivileg.

Leitsätze:

1. Die unterschiedliche Regelung der Genehmigung eigenwirtschaftlicher und gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen in § 8 Abs. 4, §§ 13, 13a PBefG stellt eine rechtssichere Teilbereichsausnahme von der VO (EWG) Nr. 1191/69 dar.

2. Das Genehmigungsverfahren für einen eigenwirtschaftlichen Linienverkehr nach § 13 i.V.m. § 8 Abs. 4 PBefG umfasst nicht die Prüfung, ob die Finanzierung der Verkehrsleistung teilweise durch eine gemeinschaftsrechtlich unzulässige Beihilfe erfolgen soll.

3. Hat der Inhaber der Linienverkehrsgenehmigung über Jahre die Betriebsführung mit behördlicher Genehmigung einem anderen übertragen, so kann ihm jedenfalls bei einer Auswahlentscheidung zwischen ihm und dem Betriebsführer nicht das Altunternehmerprivileg des § 13 Abs. 3 PBefG zugebilligt werden.

Urteil des 3. Senats vom 19. Oktober 2006 - BVerwG 3 C 33.05

I. VG Osnabrück vom 01.06.2001 - Az.: VG 2 A 42/99 -
II. OVG Lüneburg vom 16.09.2004 - Az.: OVG 7 LB 3545/01 -