

Sachgebiet:

BVerwGE: ja
Fachpresse: ja

Personenbeförderungsgesetz außer Streitigkeiten über
Bau, Änderung und Unterhaltung von Betriebsanlagen für
Straßenbahnen und von Bau- und Betriebsanlagen für den
Obusverkehr, des Güterkraftverkehrsgesetz und der Bo-
denabfertigungsdienst-Verordnung

Rechtsquelle/n:

GG	Art. 12 Abs. 1
PBefG	§ 8 Abs. 4, § 8a Abs. 1, § 13 Abs. 2a, § 62 Abs. 1
VwGO	§ 43
VO (EG) Nr. 1370/2007	Art. 2, 3, 5, 7

Titelzeile:

Zur Ausgleichspflicht bei nicht auskömmlichen Verbundtarif im ÖPNV

Leitsatz:

Schreibt der Aufgabenträger für die Erbringung von Verkehrsleistungen im öffentli-
chen Personennahverkehr die Anwendung eines für das Verkehrsunternehmen nicht
auskömmlichen Verbundtarifs vor, hat er die Wahl, die Mindereinnahmen entweder
durch die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags oder durch den Erlass
einer allgemeinen Vorschrift im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 2 Personenbeförderungsgesetz in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 auszugleichen.

Urteil des 10. Senats vom 10. Oktober 2019 - BVerwG 10 C 3.19

- I. VG Münster vom 6. März 2015
Az: VG 10 K 2747/13
- II. OVG Münster vom 25. August 2016
Az: OVG 13 A 788/15





Bundesverwaltungsgericht

IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

BVerwG 10 C 3.19
OVG 13 A 788/15

Verkündet
am 10. Oktober 2019

...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 10. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 2019
durch
den Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Hooock,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Keller,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Rublack und
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Seegmüller

für Recht erkannt:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerin begehrt die Erteilung einer Genehmigung für den eigenwirtschaftlichen Betrieb mehrerer Buslinien im Zuständigkeitsbereich des Beklagten zu 2.
- 2 Dieser gab als Aufgabenträger des öffentlichen Personennahverkehrs im Amtsblatt der Bezirksregierung ... vom 14. Dezember 2012 die beabsichtigte Neuerteilung der Genehmigung für sechs Buslinien als Linienbündel für den Zeitraum vom 8. Januar 2014 bis zum 7. Januar 2022 bekannt und forderte interessierte Verkehrsunternehmen auf, Anträge für einen eigenwirtschaftlichen Betrieb dieses Linienbündels bis zum 19. Januar 2013 einzureichen. Die Anträge sollten unter Berücksichtigung des Nahverkehrsplans bewertet werden, der auf den Gemeinschaftstarif für den Bus- und Bahnverkehr im ...land (Verbundtarif) verweist. Die Bekanntmachung enthielt zugleich die Ankündigung, sofern bis zum Ablauf der Frist keine eigenwirtschaftlichen Anträge gestellt würden, werde das wettbewerbliche Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrags eingeleitet.
- 3 Mit drei bei der Genehmigungsbehörde, dem Beklagten zu 1, am 18. Januar 2013 eingegangenen Anträgen beantragte die Klägerin jeweils die Genehmigung für den eigenwirtschaftlichen Linienverkehr des in der Bekanntmachung benannten Linienbündels für die Zeit vom 8. Januar 2014 bis zum 8. Januar 2024. Den drei Anträgen lagen unterschiedliche Modalitäten zugrunde, unter denen die Klägerin den eigenwirtschaftlichen Linienverkehr erbringen wollte. Der erste Antrag umfasste die Erbringung der geforderten Verkehrsleistung unter Anwendung des Verbundtarifs und Ausgleich des dadurch entstehenden Kosten nachteils durch den Aufgabenträger. Der zweite Antrag sah die Erbringung der geforderten Verkehrsleistung unter Anwendung des den Verbundtarif erheblich übersteigenden Haustarifs der Klägerin vor. Mit ihrem dritten Antrag beantragte die Klägerin die Genehmigung unter Anwendung des Verbundtarifs, aber mit einem reduzierten Leistungsumfang. Mit Bescheiden vom 15., 16. und 17. Mai 2013 lehnte der Beklagte zu 1 die drei Anträge ab. Die Widersprüche der Klägerin wies er zurück.

- 4 Die Klägerin hat daraufhin Klage erhoben, mit der sie die Verpflichtung des Beklagten zu 1 zur Erteilung einer antragsgemäßen Genehmigung und die Verurteilung des Beklagten zu 2 zum Erlass einer allgemeinen Vorschrift über den Ausgleich der Kosten für die Anwendung des Verbundtarifs begehrt.
- 5 Während des Klageverfahrens beteiligte die Klägerin sich erfolgreich an dem in der Bekanntmachung angekündigten EU-weiten Ausschreibungsverfahren für das Linienbündel, das nunmehr im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags vergeben werden sollte. Im Dezember 2013 erhielt sie den Zuschlag, schloss daraufhin mit dem Beklagten zu 2 einen Verkehrsvertrag und beantragte die Erteilung der Genehmigung für einen gemeinwirtschaftlichen Linienverkehr nach dem Personenbeförderungsgesetz. Mit Bescheid vom 12. Mai 2014 erteilte der Beklagte zu 1 der Klägerin für die Dauer vom 12. Mai 2014 bis 7. Januar 2022 "antragsgemäß" die Genehmigung für die Einrichtung, die Linienführung und den Betrieb des Linienbündels. Gegen diesen Genehmigungsbescheid legte die Klägerin Widerspruch ein, über den noch nicht entschieden ist.
- 6 Das Verwaltungsgericht hat die Klage wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hat das Oberverwaltungsgericht zurückgewiesen. Die gegen den Beklagten zu 1 gerichtete Verpflichtungsklage sei zwar zulässig; insbesondere stehe der Klägerin ein Rechtsschutzbedürfnis zur Seite. Sie sei aber unbegründet. Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Genehmigung ihrer Anträge vom 18. Januar 2013. Der Genehmigung des ersten Antrags stünden öffentliche Verkehrsinteressen im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 3 Personenbeförderungsgesetz (PBefG) entgegen, weil die Klägerin die betreffenden Linien voraussichtlich wegen fehlender Kostendeckung eigenwirtschaftlich nicht dauerhaft betreiben könne. Sie könne die dem Nahverkehrsplan entsprechenden Verkehrsleistungen nur mit Ausgleichsleistungen gewährleisten. Der Beklagte zu 2 habe jedoch keine allgemeine Vorschrift erlassen. Die Klägerin habe hierauf auch keinen Anspruch. Vielmehr räume § 8a Abs. 1 PBefG dem Aufgabenträger ein Wahlrecht ein, ob er eine allgemeine Vorschrift erlasse oder einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag ver gebe. Zudem sei für den Erlass einer allgemeinen Vorschrift im laufenden Genehmigungsverfahren kein Raum. Ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG liege eben-

falls nicht vor. Auch die Genehmigung des zweiten Antrags sei nach § 13 Abs. 2a Satz 2 PBefG zwingend zu versagen, weil dieser Antrag hinsichtlich des Tarifs nicht den Vorgaben der Vorabbekanntmachung entsprochen habe. Dieser Versagungsgrund finde vorliegend Anwendung, obwohl die Regelung erst zum 1. Januar 2013 in Kraft getreten und die Vorabbekanntmachung bereits am 14. Dezember 2012 erfolgt sei. Entsprechendes gelte für den dritten Antrag, der hinsichtlich des angebotenen Leistungsumfangs von der Vorabbekanntmachung wesentlich abweiche. Die gegen den Beklagten zu 2 gerichtete Klage sei als Leistungsklage zulässig, aber ebenfalls unbegründet, da der Klägerin kein Anspruch auf Erlass einer allgemeinen Vorschrift zustehe.

- 7 Zur Begründung der Revision trägt die Klägerin vor, das Berufungsurteil verstoße gegen Art. 12 Abs. 1 GG und unterlaufe den im Personenbeförderungsgesetz festgelegten Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit. Art. 12 Abs. 1 GG garantiere den Verkehrsunternehmen, ihr Gewerbe ohne Eingriffe der öffentlichen Hand zu wählen und auszuüben. Bei eigenwirtschaftlicher Verkehrserbringung obliege es dem Verkehrsunternehmen, den von ihm zu erbringenden Verkehr zu bestimmen. Dabei müsse es sich lediglich an der Rahmenplanung des Aufgabenträgers in einem Nahverkehrsplan orientieren. Mit dem Vorrang der eigenwirtschaftlichen Verkehrserbringung sei nicht vereinbar, dass der Beklagte zu 2 mit den Vorgaben im Nahverkehrsplan und der Vorabbekanntmachung Rahmenbedingungen gesetzt habe, die eine eigenwirtschaftliche Verkehrserbringung verhinderten. Das Recht, die Verkehrsleistung zu definieren, komme dem Aufgabenträger demgegenüber erst bei der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsvertrags zu. Die Festlegung nicht auskömmlicher Tarife genüge hierfür noch nicht. § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG sehe die Gewährung von Ausgleichsleistungen im Wege einer allgemeinen Vorschrift ausdrücklich vor. Von dieser Möglichkeit müsse der Beklagte zu 2 Gebrauch machen, da andernfalls der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit faktisch abgeschafft werde. Dem Aufgabenträger stehe auch kein Wahlrecht zu, ob er einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag vergebe oder einen Ausgleich im Wege einer allgemeinen Vorschrift gewähre. Die Ablehnung ihres zweiten Antrags sei ebenfalls fehlerhaft gewesen. Die Vorabbekanntmachung sei vor Inkrafttreten der Novelle des Personenbeförderungsgesetzes erfolgt, so dass einer Festlegung von Höchsttarifen die Rechtsgrundlage fehle. Zudem sei die Abweichung des Antrags von der geforderten

Verkehrsleistung nicht wesentlich im Sinne des § 13 Abs. 2a Satz 2 PBefG. Das gelte auch für den dritten Antrag.

8 Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 25. August 2016 und das Urteil des Verwaltungsgerichts Münster vom 6. März 2015 zu ändern und

den Beklagten zu 1 zu verpflichten, der Klägerin unter Aufhebung des Bescheids der Bezirksregierung ... vom 17. Mai 2013 und deren Widerspruchsbescheids vom 7. August 2013 antragsgemäß die Genehmigung für den Betrieb des Linienbündels 5 bis zum 8. Januar 2024 mit Anwendung des Verbundtarifs unter Ausgleich des dadurch entstehenden Kostennachteils zu erteilen,

hilfsweise den Beklagten zu 1 zu verpflichten, der Klägerin unter Aufhebung des Bescheids der Bezirksregierung ... vom 16. Mai 2013 und deren Widerspruchsbescheids vom 6. August 2013 antragsgemäß die Genehmigung für den Betrieb des Linienbündels 5 bis zum 8. Januar 2024 ohne Anwendung des Verbundtarifs zu erteilen,

weiter hilfsweise den Beklagten zu 1 zu verpflichten, der Klägerin unter Aufhebung des Bescheids der Bezirksregierung ... vom 15. Mai 2013 und deren Widerspruchsbescheids vom 5. August 2013 antragsgemäß die Genehmigung für den Betrieb des Linienbündels 5 bis zum 8. Januar 2024 mit antragsgemäß vermindertem Leistungsumfang zu erteilen,

sowie festzustellen, dass der Beklagte zu 2 eine allgemeine Vorschrift im Sinne des Art. 3 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 zu erlassen hat, mit welcher der durch die Anwendung des Verbundtarifs entstehende Kostennachteil ausgeglichen wird.

9 Die Beklagten verteidigen das Berufungsurteil und beantragen jeweils,

die Revision zurückzuweisen.

10 Der Beklagte zu 1 trägt vor, die Klage sei mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig, weil der Klägerin die begehrte Genehmigung bereits erteilt worden sei. Zudem habe die Klägerin keinen Anspruch auf die begehrte Genehmigung. Insofern komme es wegen des Vorrangs des Europarechts auf nationale Vorschrif-

ten nicht an. Vielmehr bestimme sich die Frage, ob es einen Anspruch auf Erlass einer allgemeinen Vorschrift gebe, nach Art. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007. Diese Bestimmung gebe der zuständigen Behörde das Recht, vom Instrument des öffentlichen Dienstleistungsauftrags Gebrauch zu machen. Das Recht zu definieren, welche Personenbeförderungsleistungen im allgemeinen Interesse lägen und deshalb zu erbringen seien, stehe nicht den Verkehrsunternehmen, sondern der zuständigen Behörde zu. Die Verordnung schreibe auch nicht vor, dass das aus der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen folgende Defizit durch Ausgleichsleistungen kompensiert werden müsse. Ebenso wenig folge aus dem Personenbeförderungsgesetz oder aus den Grundrechten ein Anspruch auf Erlass einer allgemeinen Vorschrift.

- 11 Der Beklagte zu 2 verteidigt das angegriffene Urteil und führt aus: Die Definition der ausreichenden Verkehrsbedienung stehe dem Aufgabenträger zu. Das schließe nicht aus, dass dieser Verkehr eigenwirtschaftlich erbracht werde. Dem Verkehrsunternehmer werde das Recht zur Ausübung seines Berufs auch dann gesichert, wenn die Verkehrsleistung im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags erbracht werde. Dem Aufgabenträger komme ein Wahlrecht zu, ob er eine allgemeine Vorschrift erlasse oder, sofern kein den Anforderungen der Vorabbekanntmachung entsprechender eigenwirtschaftlicher Antrag eingehe, ein Vergabeverfahren durchführe. Ein Anspruch auf Erlass einer allgemeinen Vorschrift bestehe nicht. Die von der Klägerin mit ihrem zweiten Antrag erstrebte Anwendung ihres Haustarifs verhindere die gewünschte Integration im verkehrlichen Raum durch verkehrsmittelübergreifende Tarife.
- 12 Der Vertreter des Bundesinteresses unterstützt das Vorbringen der Klägerin. Es bestehe ein Anspruch auf Erlass einer allgemeinen Vorschrift, wenn ein Verkehrsunternehmen alle in § 13 Abs. 2a PBefG festgelegten Kriterien erfülle und damit der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit greife. Wesentliches Ziel der Novelle des Personenbeförderungsgesetzes sei es gewesen, im Einklang mit dem europäischen Recht auch in Zukunft eigenwirtschaftliche Verkehre zu ermöglichen und ihnen Vorrang vor gemeinwirtschaftlichen Verkehren einzuräumen.

II

- 13 Die Revision hat keinen Erfolg. Das Berufungsurteil verletzt zwar Bundesrecht, soweit es für das Begehren, der Beklagte zu 2 habe zum Ausgleich des durch die Anwendung des Verbundtarifs entstehenden Kostennachteils eine allgemeine Vorschrift im Sinne des Art. 3 Abs. 2 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 (ABl. L 315 S. 1) - VO (EG) Nr. 1370/2007 - zu erlassen, nicht die Feststellungsklage, sondern die allgemeine Leistungsklage für statthaft hält. Das Urteil erweist sich jedoch insoweit aus anderen Gründen als richtig. Im Übrigen steht es mit Bundesrecht in Einklang (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO).
- 14 1. a) Das Berufungsgericht hat zu Recht die gegen den Beklagten zu 1 gerichtete Verpflichtungsklage für zulässig gehalten. Insbesondere hat es das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin für das mit dem Hauptantrag sowie den beiden Hilfsanträgen verfolgte Begehren, das auf Erteilung einer Genehmigung zum eigenwirtschaftlichen Betrieb des Linienbündels gerichtet ist, bejaht. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt nur, wenn die Klage für den Kläger offensichtlich keinerlei rechtliche oder tatsächliche Vorteile bringen kann. Die Nutzlosigkeit muss eindeutig sein. Im Zweifel - und so auch hier - ist das Rechtsschutzbedürfnis zu bejahen (BVerwG, Urteil vom 29. April 2004 - 3 C 25.03 - BVerwGE 121, 1 <3>).
- 15 Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin bereits mit Bescheid vom 12. Mai 2014 eine Genehmigung für den eigenwirtschaftlichen Betrieb des Linienbündels erhalten hat. Richtig ist zwar, dass § 13 Personenbeförderungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. August 1990 (BGBl. I S. 1690), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 14 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2808), - PBefG - die Genehmigung für Verkehre einheitlich regelt, ohne weiterhin zwischen eigenwirtschaftlichem und gemeinwirtschaftlichem Betrieb des Linienverkehrs zu unterscheiden. Die gleichwohl noch bestehenden Unterschiede rechtfertigen jedoch die Annahme, dass sich die Klage für die Klägerin nicht als nutzlos erweist. Davon ist das Berufungsgericht im Hinblick auf den materiellen

Gehalt der jeweiligen Genehmigung zutreffend ausgegangen. Während die der Klägerin erteilte Genehmigung für den gemeinwirtschaftlichen Betrieb des Linienbündels dem Aufgabenträger weitreichende Flexibilität bei der Ausgestaltung des Verkehrsangebots einräumt und der Klägerin korrespondierende Pflichten auferlegt (vgl. etwa § 5 des Verkehrsvertrags), schützt die für den eigenwirtschaftlichen Betrieb erteilte Genehmigung das Verkehrsunternehmen vor solchen einseitig vom Aufgabenträger auferlegten Änderungen der Verkehrsleistung und gewährleistet ihm insoweit größere Planungssicherheit.

- 16 Der Annahme eines Rechtsschutzbedürfnisses der Klägerin steht auch nicht entgegen, dass sie sich von dem Verkehrsvertrag mit dem Beklagten zu 2 und der ihr bereits erteilten Genehmigung vom 12. Mai 2014 nicht mehr lösen könnte. Sollte die Klage Erfolg haben und die Klägerin eine Genehmigung für den eigenwirtschaftlichen Betrieb des Linienbündels beanspruchen können, stünde ihr die Möglichkeit offen, den Verkehrsvertrag aufzulösen und auf die ihr bereits erteilte Genehmigung zu verzichten (vgl. BVerwG, Urteile vom 15. Dezember 1989 - 4 C 36.86 - BVerwGE 84, 209 <211 f.> und vom 17. November 2016 - 6 C 36.15 - BVerwGE 156, 283 Rn. 13). Ob eine andere Beurteilung geboten wäre, wenn nicht die Klägerin, sondern ein anderes Verkehrsunternehmen erfolgreich aus dem Vergabeverfahren hervorgegangen wäre und in der Folge die entsprechende Genehmigung zur Verkehrserbringung erhalten hätte, bedarf keiner Entscheidung.
- 17 b) Das Berufungsgericht ist ohne Verstoß gegen Bundesrecht davon ausgegangen, dass die Klägerin die Genehmigung ihrer drei Anträge nicht beanspruchen kann und die Ablehnungsbescheide in der Gestalt des jeweiligen Widerspruchsbescheids rechtmäßig waren.
- 18 aa) Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die von der Klägerin mit dem Hauptantrag begehrte Genehmigung mit Anwendung des Verbundtarifs und unter Ausgleich des dadurch entstehenden Kostennachteils im Wege einer allgemeinen Vorschrift schon deshalb nicht erteilt werden kann, weil eine solche im laufenden Genehmigungsverfahren nicht mehr erlassen werden könnte. Das folgt aus dem in Art. 2 Buchst. I VO (EG) Nr. 1370/2007 verankerten Diskriminierungsverbot. Die Bestimmung versteht unter einer allgemeinen Vor-

schrift eine Maßnahme, die diskriminierungsfrei für alle öffentlichen Personenverkehrsdienste derselben Art in einem bestimmten geografischen Gebiet gilt. Deshalb muss sie transparent und objektiv aufgestellt und jedem interessierten Unternehmer zugänglich sein. Der Erlass einer allgemeinen Vorschrift im laufenden Genehmigungsverfahren könnte diese Anforderungen nicht mehr erfüllen. Die diskriminierungsfreie Anwendung einer allgemeinen Vorschrift wäre nach Ablauf der Einreichungsfrist für eigenwirtschaftliche Anträge schon deshalb nicht mehr möglich, weil ein interessierter Unternehmer sie seinem Antrag nicht mehr zugrunde legen könnte.

- 19 bb) Die Erteilung der mit dem ersten Hilfsantrag begehrten Genehmigung für den eigenwirtschaftlichen Betrieb des Linienbündels unter Anwendung des Haustarifs anstelle des Verbundtarifs kann die Klägerin ebenfalls nicht beanspruchen. Gleiches gilt für die mit dem zweiten Hilfsantrag begehrte Genehmigung für einen Betrieb mit antragsgemäß vermindertem Leistungsumfang. Das Berufungsgericht hat zutreffend erkannt, dass die Genehmigung beider Anträge jeweils nach § 13 Abs. 2a Satz 2 ff. PBefG zu versagen ist.
- 20 Das Berufungsgericht hat diese Vorschrift mit Recht seiner Entscheidung zugrunde gelegt, auch wenn sie erst am 1. Januar 2013 in Kraft getreten ist, während die Bekanntmachung des Beklagten zu 2 im Amtsblatt der Bezirksregierung ... bereits am 14. Dezember 2012 erfolgt war. Der Gesetzgeber hat zwar keine Übergangsregelung getroffen, die den vorliegenden Sachverhalt unmittelbar erfasst. Die Übergangsbestimmung des § 62 Abs. 1 Satz 1 PBefG sieht allerdings vor, dass öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bis zum 31. Dezember 2013 abweichend von Artikel 5 Absatz 2 bis 4 dieser Verordnung vergeben werden dürfen. Das verdeutlicht, dass bis zum 31. Dezember 2013 für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge das bis zum 31. Dezember 2012 geltende Rechtsregime anwendbar bleibt, ein Vergabeverfahren aber auch bereits nach den neuen Vorschriften erfolgen kann.
- 21 Das Berufungsgericht ist auch zu Recht davon ausgegangen, dass die beiden beantragten Genehmigungen nach § 13 Abs. 2a Satz 2 ff. PBefG versagt werden durften. Seine Annahme, es fehle nicht an einer ordnungsgemäßen Vorabbe-

kanntmachung, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Vorabbekanntmachung des Beklagten zu 2 vom 14. Dezember 2012 wurde zwar entgegen Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Die Bekanntmachung des Beklagten zu 2 vom 14. Dezember 2012 erreicht die durch die Vorschrift verfolgten Zwecke dennoch. Der Veröffentlichung lassen sich eindeutige Vorgaben dafür entnehmen, welches Bedienungskonzept einem eigenwirtschaftlichen Antrag zugrunde zu legen ist. Der in der Bekanntmachung enthaltene Verweis auf den Nahverkehrsplan und auf das beim Zweckverband abzufragende Bedienungskonzept des Aufgabenträgers genügt den Anforderungen des § 8a Abs. 2 Satz 5 PBefG. Die Veröffentlichung enthält zudem den Hinweis auf die beabsichtigte Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags, sofern keine eigenwirtschaftlichen Anträge eingehen sollten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat sich der Beklagte zu 2 an die in der Bekanntmachung festgelegten Anforderungen auch für ein nachfolgendes Vergabeverfahren gebunden gesehen. Damit ist sichergestellt, dass ein Antragsteller die Genehmigung für den eigenwirtschaftlichen Betrieb nur für dasselbe Bedienungskonzept erhält, das auch in einem späteren Vergabeverfahren für daran teilnehmende Wettbewerber gelten würde.

- 22 Den beiden Anträgen war die Genehmigung nach § 13 Abs. 2a Satz 2 bis 5 PBefG zu versagen, weil sowohl der Haustarif der Klägerin als auch der von ihr angebotene verminderte Leistungsumfang die Anforderungen der Bekanntmachung des Beklagten zu 2 nicht erfüllen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Genehmigungsbehörde ihr Einvernehmen zu diesen Abweichungen nicht erteilt (§ 13 Abs. 2a Satz 2 PBefG). Die Abweichungen sind auch wesentlich. Das gilt sowohl für die Anwendung des Haustarifs der Klägerin anstelle des Verbundtarifs (§ 13 Abs. 2a Satz 5 PBefG) als auch für die Abweichung hinsichtlich Bedienungshäufigkeit und Bedienungszeitraum (§ 13 Abs. 2a Satz 4 PBefG), die dem Antrag mit verringertem Leistungsumfang zugrunde liegt.
- 23 Im Rahmen ihres ersten Hilfsantrags meint die Klägerin, der Umstand, dass ihr Haustarif den Verbundtarif überschreite, stelle keine wesentliche Abweichung im Sinne des § 13 Abs. 2a Satz 5 PBefG dar, weil diese Vorschrift nicht nur auf den Verbundtarif abstelle, sondern zusätzlich auf eine Ausgleichsregelung durch eine allgemeine Vorschrift. Damit könnte sie nur durchdringen, wenn es eine

derartige allgemeine Vorschrift gäbe, durch welche der Vergleichsmaßstab verändert würde. Daraus erwächst für den Verkehrsunternehmer indes kein Anspruch darauf, dass eine solche allgemeine Vorschrift erlassen wird. Wie noch (unten 2.) zu zeigen sein wird, liegt dies im pflichtgemäßen Ermessen des Aufgabenträgers.

- 24 2. Das Berufungsgericht hat auch die gegen den Beklagten zu 2 gerichtete Klage mit Recht abgewiesen.
- 25 a) Allerdings hat es zu Unrecht angenommen, dass das Begehren, der Beklagte zu 2 habe eine allgemeine Vorschrift im Sinne des Art. 3 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 zu erlassen, im Wege der Leistungsklage geltend zu machen sei. Es ist davon ausgegangen, dass eine allgemeine Vorschrift im Zuständigkeitsbereich des Beklagten zu 2 als Satzung erlassen wird. Für die Klage auf Tätigwerden des untergesetzlichen Normgebers ist indessen nicht die Leistungsklage, sondern die Feststellungsklage statthafte Klageart (BVerwG, Urteil vom 28. November 2007 - 9 C 10.07 - BVerwGE 130, 52 Rn. 13 m.w.N.). Das Berufungsurteil erweist sich jedoch insoweit aus anderen Gründen als richtig, da die Klage auch als Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO zulässig ist.
- 26 b) Zutreffend hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die Klägerin den Erlass einer allgemeinen Vorschrift im Sinne des Art. 3 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht beanspruchen kann. Ein solcher Anspruch folgt weder aus Unionsrecht noch aus nationalem Recht.
- 27 aa) Auf Art. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 lässt sich kein Anspruch auf Erlass einer allgemeinen Vorschrift stützen. Vielmehr eröffnet die Regelung der zuständigen Behörde die Möglichkeit, die durch die Festsetzung von Höchsttarifen bedingten Mindereinnahmen entweder im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags oder durch eine allgemeine Vorschrift auszugleichen. Beide Instrumente stehen gleichrangig nebeneinander und räumen der Behörde ein Wahlrecht ein.
- 28 Nach Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 erfolgt eine Gewährung von Ausgleichsleistungen gleich welcher Art für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher

Verpflichtungen im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags. Abweichend hiervon können nach Absatz 2 Satz 1 der Bestimmung gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zur Festsetzung von Höchsttarifen für alle Fahrgäste oder bestimmte Gruppen von Fahrgästen auch Gegenstand allgemeiner Vorschriften sein. Art. 3 Abs. 2 Satz 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 gibt der zuständigen Behörde das Recht, gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zur Festsetzung von Höchsttarifen in öffentliche Dienstleistungsaufträge aufzunehmen. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift stehen die beiden Möglichkeiten, die Inanspruchnahme eines Verkehrsunternehmens für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Pflichten durch Festsetzung von Höchsttarifen entweder durch einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder durch eine allgemeine Vorschrift auszugleichen, gleichrangig nebeneinander. Die Regelung benennt zwei Instrumente des Ausgleichs, ohne einen Vorrang für eines von beiden festzulegen. So verdeutlicht die einleitende Formulierung "Abweichend von Absatz 1..." in Absatz 2 der Vorschrift, dass der Ausgleich für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen grundsätzlich nach Absatz 1 im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags erfolgt. Zugleich eröffnet Absatz 2 Satz 1 für den Fall, dass ein Ausgleich für festgesetzte Höchsttarife erfolgen soll, daneben ("auch") die Möglichkeit des Ausgleichs durch eine allgemeine Vorschrift. Absatz 2 Satz 3 der Vorschrift bekräftigt zusätzlich das Wahlrecht der zuständigen Behörde, indem er deren Recht unberührt lässt, gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zur Festsetzung von Höchsttarifen in öffentliche Dienstleistungsaufträge aufzunehmen. Darüber hinaus bestätigt auch Erwägungsgrund 5 der Verordnung die Einschätzung, dass beide Instrumente des Ausgleichs gleichrangig nebeneinander stehen. Danach können die zuständigen Behörden die dort aufgeführten Mechanismen gleichermaßen nutzen, um die Erbringung öffentlicher Personenverkehrsdienste sicherzustellen. Der von der Klägerin geltend gemachte Vorrang des Ausgleichs durch allgemeine Vorschrift findet in der Verordnung mithin keine Stütze.

- 29 bb) Ebenso wenig lässt sich aus dem im Personenbeförderungsgesetz verankerten Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit ein Anspruch auf Erlass einer allgemeinen Vorschrift ableiten.

- 30 Nach § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG sind Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr eigenwirtschaftlich zu erbringen. Soweit eine ausreichende Verkehrsbedienung hiernach nicht möglich ist, ist gemäß § 8a Abs. 1 Satz 1 PBefG die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 maßgebend. Nach § 8a Abs. 1 Satz 2 PBefG kann die zuständige Behörde zur Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung allgemeine Vorschriften im Sinne des Artikels 3 Absatz 2 und 3 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 erlassen oder öffentliche Dienstleistungsaufträge nach Maßgabe des Artikels 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 erteilen. § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG lässt sich entnehmen, dass eine Verkehrsleistung eigenwirtschaftlich bleibt, auch wenn Ausgleichsleistungen auf der Grundlage einer allgemeinen Vorschrift gewährt werden. Demgegenüber begründet der öffentliche Dienstleistungsauftrag einen gemeinwirtschaftlichen Verkehr. Der Wortlaut des § 8a Abs. 1 Satz 2 PBefG spricht dafür, dass es dem Aufgabenträger als zuständige Behörde überlassen bleibt, ob er eine allgemeine Vorschrift erlässt oder einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag vergibt, soweit eine eigenwirtschaftliche Verkehrserbringung ohne Kostenausgleich nicht möglich ist. Die Vorschrift stellt beide Handlungsformen gleichrangig nebeneinander und räumt dem Aufgabenträger als zuständige Behörde ein Wahlrecht zwischen beiden Alternativen ein.
- 31 Aus der Systematik des Personenbeförderungsgesetzes folgt nichts anderes. Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt sich aus § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG nicht, dass das Wahlrecht des Aufgabenträgers zwischen dem Erlass einer allgemeinen Vorschrift und der Erteilung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags durch den Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit eingeschränkt wird. Insbesondere lässt sich aus diesem Vorrang keine Verpflichtung des Aufgabenträgers, Verkehrsunternehmen die Stellung eines auskömmlichen eigenwirtschaftlichen Antrags zu ermöglichen, ableiten. Vielmehr verlangt dieser Grundsatz, dass einem eigenwirtschaftlichen Antrag stattgegeben wird, wenn er den Anforderungen des vom Aufgabenträger festgelegten Verkehrskonzepts entspricht oder der Aufgabenträger den Abweichungen zustimmt. Erst wenn dies nicht der Fall ist, gelangt die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zur Anwendung. Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit wirkt sich in erster Linie auf die Verfahrensgestaltung aus; ihm ist Genüge getan, wenn der Aufgabenträger das in § 8a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 PBefG geregelte Verfahren einhält.

- 32 Die teleologische Auslegung des § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG rechtfertigt keine andere Bewertung. Die Vorschrift dient dem Ziel des Personenbeförderungsrechts, eine ausreichende Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr sicherzustellen (vgl. § 8 Abs. 3 Satz 1 PBefG). Dazu hat der Aufgabenträger einen qualitativ und quantitativ ausreichenden öffentlichen Personennahverkehr zu Fahrpreisen zu gewährleisten, die den Aufgaben eines Massenverkehrsmittels entsprechen. Er definiert die Anforderungen an Umfang und Qualität des Verkehrsangebots in einem Nahverkehrsplan, bei dessen Aufstellung die vorhandenen Unternehmer zu beteiligen sind (vgl. § 8 Abs. 3 Satz 2 und 6 Halbs. 1 PBefG). Deren Interessen sind nach § 8 Abs. 3 Satz 7 PBefG angemessen und diskriminierungsfrei zu berücksichtigen. Im Rahmen des danach gebotenen Ausgleichs zwischen den Anforderungen der Daseinsvorsorge einerseits und den privatwirtschaftlichen Interessen der in diesem Bereich tätigen Verkehrsunternehmen andererseits hat der Aufgabenträger auch zu entscheiden, ob er zum Ausgleich nicht auskömmlicher Tarifbindungen eine allgemeine Vorschrift erlässt oder nicht.
- 33 Schließlich lässt sich auch den Gesetzgebungsmaterialien kein Hinweis dafür entnehmen, dass der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit die Wahlmöglichkeiten des Aufgabenträgers beschränken sollte. Vielmehr ging der Gesetzgeber davon aus, dass im Zuge der Anpassung des Personenbeförderungsgesetzes an die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit zwar erhalten und konkretisiert werden sollte. Zugleich sollte aber klargestellt werden, dass die zuständigen Stellen dazu berechtigt sind, die nach der Verordnung bestehenden Handlungsinstrumente zu nutzen (BT-Drs. 17/10857 S. 2). Dem entsprechend wollte der Gesetzgeber mit Einfügung des § 8a Abs. 1 Satz 2 PBefG klarstellen, über welche Handlungsmöglichkeiten die zuständige Behörde verfügt (BT-Drs. 17/10857 S. 20). Auch sollte die Anpassung der Definition der Eigenwirtschaftlichkeit an die Verordnung nicht dazu führen, dass die Anwendbarkeit der Verordnung eingeschränkt wird (vgl. BT-Drs. 17/8233 S. 13).
- 34 cc) Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt sich auch aus Art. 12 Abs. 1 GG keine Pflicht des Aufgabenträgers, sein Wahlrecht zugunsten des Erlasses einer allgemeinen Vorschrift auszuüben. Zwar greift die Auferlegung eines nicht aus-

kömmlichen Verbundtarifs in die Berufsausübungsfreiheit der Klägerin ein, weil sie nicht mehr frei über die Gegenleistung für die von ihr erbrachte Verkehrsleistung bestimmen kann. Der Verbundtarif verfolgt jedoch den legitimen Zweck, möglichst vielen Bürgern die Nutzung des öffentlichen Personennahverkehrs zu günstigen Bedingungen zu ermöglichen. Damit verbundene Kosten Nachteile für den Unternehmer nur im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu kompensieren, ist ein geeignetes Mittel, dieses Gemeinwohlziel zu erreichen. Es ist auch erforderlich; namentlich ist der Erlass einer allgemeinen Vorschrift kein gleich geeignetes milderes Mittel. Wie bereits erwähnt, bietet die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags dem öffentlichen Aufgabenträger größere Flexibilität, die Verkehrserbringung insbesondere bei längerer Laufzeit des Auftrags sich wandelnden Verhältnissen und Verkehrsbedürfnissen anzupassen. Angesichts des Gewichts dieser Gemeinwohlbelange ist dem privaten Verkehrsunternehmer die Wahl eines Dienstleistungsauftrags auch zumutbar.

35 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert

Hoock

Dr. Keller

Dr. Rublack

Dr. Seegmüller

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 60 000 € festgesetzt.

Prof. Dr. Dr. h.c. Rennert

Hoock

Dr. Keller

Dr. Rublack

Dr. Seegmüller