

Gelbe Erläuterungsbücher

Personenbeförderungsgesetz: PBefG

Kommentar

von

Dr. Christian Heinze, Prof. Dr. Michael Fehling, Lothar H. Fiedler

2. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

An der Bedeutung des Begriffs der ausschließlichen Rechte in Art. 3 VO (EG) 1370/2007 braucht diese Auslegung nicht zu scheitern, weil sie für das deutsche Recht nicht verbindlich ist. Der Sinn einer solchen Auslegung des Abs. 8 könnte darin gesehen werden, die Folgerung zu vermeiden, dass das für alle ÖPNV-Leistungen geltende Mehrfachgenehmigungsverbot des § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 auch ÖPNV-Leistungen, die ohne öffentliche Kostendeckungsbeiträge erbracht werden, über Art. 3 VO (EG) 1370/2007 an den Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages bindet, weil die für alle diese Leistungen nach § 2 vorbehaltene Genehmigung ein ausschließliches Recht im Sinne des Art. 3 begründet. Dass es einer solchen Vorkehrung nicht bedarf, weil Art. 3 nur für gemeinwirtschaftliche Leistungen gilt, ist in Rn. 76 dargelegt.

4. „Gebot“ eigenwirtschaftlicher Leistungserbringung

Für ein allgemeines Gebot konkreter Leistungen an konkrete Adressaten 81 fehlt jegliche den Anforderungen des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts genügende Rechtsgrundlage. Bezieht man das Gebot anders auf die Art und Weise, in der eine (freiwillige) Leistung zu erbringen ist, so sind eigenwirtschaftlich nach § 8 Abs. 4 Satz 2 solche Leistungen, die ohne Hilfe öffentlicher Ausgleichsleistungen oder lenkender ausschließlicher Rechte erbracht werden (Rn. 54). Solche Leistungen müssen nicht geboten werden, sie werden nach Angebot und Nachfrage erbracht. Dann lässt sich das Gebot als Maßgabe für die Auswahl konkurrierender Verkehrsleistungsangebote und womöglich auch für die Zulässigkeit von Verkehrsleistungen aller Art verstehen. Jedenfalls begründet das Gebot **keinen allgemeinen** Konkurrenzschutz gegen kommunale Betätigung durch Daseinsvorsorge (BVerwG 21.3.1995 – 1 B 21/94, BayVBl. 1995, 698). Auf den **Ausbildungsverkehr** ist das Gebot auch insoweit nicht anzuwenden, als er nicht allgemein zugänglich ist, weil er dann nicht zum ÖPNV gehört (Abs. 1 Satz 1).

a) Gesicherte Finanzierung. Dem insoweit klaren Wortlaut des Abs. 4 82 Satz 1 ist eine Ausprägung des öffentlichen Verkehrsinteresses zu entnehmen, wonach Verkehrsleistungen, seien sie eigen- oder gemeinwirtschaftlich, nach Maßgabe der gesetzlichen und den Einzelfall betreffenden Anforderungen dauerhaft erbracht werden und daher ihre **Kosten** jedenfalls **gedeckt** sein müssen (Leistungsfähigkeit im Sinne der öffentlichen Verkehrsinteressen, dazu Rn. 144 ff. zu § 13). Das ist zugleich Voraussetzung für die Zurücksetzung eines Konkurrenten. Dauerhafte Kostendeckung setzt voraus, dass Rentabilität gesichert ist. Das folgt auch, wenn nicht schon aus der Voraussetzung der Leistungsfähigkeit nach § 13 Abs. 1 (BVerfG Beschl. v. 4.3.2004 – 1 BvR 88/00, BeckRS 2004, 21509 erwähnt Leistungsfähigkeit als Voraussetzung für Aufnahme in den Krankenhausplan), dann jedenfalls aus der nach § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 im öffentlichen Verkehrsinteresse für die gesamte Geltungsdauer der Genehmigung geltenden Betriebspflicht (§ 21 Abs. 1). Die Kostendeckungsvoraussetzung schiebt der Praxis, Genehmigungen für Leistungen zu beantragen, für deren Erbringung öffentliche Kostendeckungsbeiträge erforderlich sind, ohne dass der Antragsteller auf sie einen Anspruch hat,

oder die der Antragsteller entgegen realistischen Prognosen genehmigungs-„günstig“ gestaltet hat, einen Riegel vor. (Dazu BVerwG 24.10.2013 – 3 C 26.12, BeckRS 2014, 46373 Rn. 26 f.).

- 83 Mit der Finanzierung von Personenbeförderungsleistungen hat sich die Rechtsprechung, anknüpfend an die Merkmale des „Aufwandes“, der „Erlöse“ und „Erträge“ in Abs. 4 Satz 2 wiederholt befasst. Wo das Gebot bei der Auswahlentscheidung über eine Liniengenehmigung zu berücksichtigen ist (Rn. 97 zu § 8, Rn. 155 ff. zu § 13), ist auf die gestellten Anträge abzustellen.
- 84 **aa) Aufwand für Verkehrsleistungen.** Zum **Aufwand** für die Erstellung von Verkehrsleistungen gehören alle Kosten im betriebswirtschaftlichen Sinn, namentlich Anschaffungskosten für Anlagegüter, zB für Kraftomnibusse, oder Baukosten für Betriebshöfe. Sie müssen im Laufe der Zeit durch die Erlöse gedeckt werden. Zum Aufwand gehören daher die „**Abschreibung**“ (im kaufmännischen Sinn) und/oder Annuitäten (Sollzinsen und Tilgungsraten) wegen solcher Kosten. Soweit Investitionskosten vom Staat getragen (zB erstattet) werden, verringern sich die Abschreibungen und/oder Annuitäten, nicht aber der Aufwand, vielmehr trägt der Staat zur Aufwanddeckung bei. Zum Aufwand gehört auch die **Verzinsung** von Eigenkapital und ein angemessener Unternehmensgewinn, der bei öffentlichen Unternehmen, die ohne Gewinn arbeiten, zum Schutz gleicher Chancen privater Konkurrenz zu fingieren ist. Zum Aufwand gehören ferner unabweisbare Rückstellungen (wie zB für Kosten eines Sozialplans). Weitere Anhaltspunkte bietet der Kostenbegriff des Rechts der **Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen** (Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21.11.1953 nebst Leitsätzen für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten – Anlage zur Verordnung PR Nr. 30/53 – BAnz. 1953 Nr. 244, zuletzt geändert durch G v. 8.12.2010 BGBl. I 1864). Werden Verkehrsleistungen im betriebswirtschaftlichen Verbund mit anderen Leistungen und/oder mit anderen Unternehmen erbracht und kommen dabei **Gemeinkostenaufwendungen** mehreren Leistungen oder Unternehmen zugute, so sind solche Aufwendungen anteilig zuzuscheiden.
- 85 Es fragt sich, welcher Aufwand für welche Leistung bei Anwendung des Abs. 4 Satz 1 maßgeblich ist. In Betracht kommt der Aufwand je Linie oder Strecke oder Kurs oder für eine Kombination von Leistungen, etwa in der Hand eines Unternehmens oder als Gegenstand einer Genehmigung oder eines Genehmigungsbündels. Grundsätzlich abzulehnen ist die in der Rechtsprechung vertretene Auffassung, der nach Abs. 4 Satz 2 maßgebliche Aufwand sei der Aufwand für die Summe der Verkehrsleistungen eines **Unternehmens** (so VG Neustadt Urt. v. 30.1.1998 – 7 K 3477/96.NW, 15 f.). Die Begründung, dass die zur Finanzierung einer defizitären Linie herangezogenen Erträge anderer Linien zu den sonstige Erträgen im handelsrechtlichen Sinn des Satzes 2 gehören, überzeugt nicht, denn ob sie so „zugehören“, ist gerade die Frage, die sich bei Auslegung des S. 2 stellt. Eine Nivellierung der Unterschiede der Leistungs-Kostenrelation mehrerer von einem Unternehmen betriebener Linien führt wegen der Unterschiedlichkeit ihrer Leis-

tungen und infolgedessen ihrer Kosten-Ertragslage zu ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen der Unternehmen. Als Regel muss daher der maßgebliche Aufwand anhand der unterschiedlichen **rechtlichen Zusammenhänge** geklärt werden, innerhalb deren Wirtschaftlichkeit eine Rolle spielt.

Ist die Genehmigung eines Linienbündels (R.n. 5 ff. zu § 9) beantragt und können die Kosten stark nachgefragter Beförderungsleistungen auf **bestimmten** Linien durch die ihrer Bedienung zuzurechnenden Fahrpreise gedeckt werden, während zur Deckung der Kosten anderer oder der Gesamtkosten mehrere Strecken oder Linien bei gleicher Leistungsdichte und Tarifgestaltung andere (insbesondere staatliche/kommunale) Kostendeckungsbeiträge erforderlich sind, kommt es auf den Aufwand für alle Linien des Bündels an. Wenn aber hilfsweise auch die Genehmigung einzelner Linien beantragt ist, ist die Aufwand-Kostendeckungsrelation jeder Linie maßgeblich. Ein Antrag, nach dem hilfsweise die Bedienung einzelner Strecken genehmigt werden soll, ist nur genehmigungsfähig, wenn diese Strecken die Voraussetzungen des Linienbegriffs erfüllen (§ 9 Abs. 1, § 42), auch weil nur dann ein Wirtschaftlichkeitsvergleich möglich ist. Dann sind die einzelnen Linienangebote je für sich unter § 8 Abs. 4 Satz 1 und 2 zu subsumieren. Wird ein Kostendeckungsbeitrag für bestimmte Leistungseinheiten (zB für eine fahrplanmäßige Linienbedienung oder je Fahrplan-, Wagen-, Nutzwagen-, Leerwagen-, Platz- oder Personenkilometer) gewährt, so ist der Aufwand diesen Einheiten zuzuordnen.

bb) Aufwand-Deckung durch Erlöse. Die Unterscheidung des Abs. 4 Satz 2 zwischen Erlösen und Erträgen legt nahe, dass unter Erlösen im Unterschied zu anderen Erträgen Gegenleistungen für konkrete Beförderungsleistungen zu verstehen sind. Dann gehören staatliche Kostendeckungsbeiträge nur dazu, wenn sie als Teil einer solchen Gegenleistung gewährt werden (zB „Preisauauffüllungen“; vgl. zur Subventionierung von Nachtfahrten zum Schutz von Jugendlichen und Frauen BGH 5.2.2002, BGHZ 149, 391). Werden staatliche Kostendeckungsbeiträge dagegen – sei es auch pauschal – nach einer Gesamtheit (zB fahrplanmäßig oder qualitativ) bestimmter Betriebsleistungen, etwa nach Fahrplankilometern oder (Nutz-)Wagenkilometern, und/oder nach Betriebskosten bemessen, so handelt es sich nicht um Beförderungserlöse sondern um (sonstige) Erträge (vgl. VG Freiburg Ur. v. 5.12.00 – 3 K 885/98).

Inwieweit Kosten durch Erlöse gedeckt sind, lässt sich vor Erbringung der Leistung und Eingang der Erlöse nur als wahrscheinlich abschätzen (sog. Vorkalkulation des Unternehmens, deren Richtigkeit durch die – ggf. existentiellen – Fehlerrisiken gewährleistet ist). Kosten hängen von der Leistungsfähigkeit des Unternehmens ab. Erträge können auf Grund Marktbeobachtung und bekannter staatlicher Zahlungsbereitschaft abgeschätzt werden. Wenn nicht Behörden oder Gerichte, können Sachverständige (→ R.n. 173 zu § 13) ausreichend sicher feststellen, ob bei Geltung eines bestimmten Tarifs kostendeckende Erträge zu erwarten sind.

cc) Aufwand-Deckung durch sonstige Erträge. Keine Erträge sind (entgegen VG Neustadt Ur. v. 30.1.1998 – 7 K 3477/96) Einlagen (Eigenka-

pitalzufuhr) oder Kredite zu marktüblichen Bedingungen, weil dem durch sie bewirkten Mittelzufluss eine gleichwertige Verbindlichkeit gegenübersteht. Sie gehören zum Kapital, dessen Einsatz Erträge erst ermöglichen soll. Allerdings kann es sich im Einzelfall um versteckte Verlustübernahmen handeln.

90 Trotz ihrer In-sich-Natur sind auch Finanzzuweisungen an Eigenbetriebe oder an Eigenunternehmen oder an Unternehmen unter dem beherrschenden Einfluss des staatlichen/kommunalen Zuschussgebers den Erträgen im Sinne des Abs. 4 Satz 2 zuzurechnen, soweit es sich nicht um die Zufuhr von Eigenkapital oder um Kredite zu marktüblichen Bedingungen handelt. Tragen öffentliche Mittel als Gegenleistungen für konkrete Verkehrsleistungen zur Kostendeckung bei, so gehören sie zu den Erlösen der die Leistungen erbringenden Unternehmen.

91 **b) Eigenwirtschaftlichkeit als Auswahlkriterium.** Werden zugleich dem Konkurrenten eines zu bestimmten eigenwirtschaftlichen Leistungen bereiten Unternehmers Subventionen angeboten, so kann dieser begünstigte Konkurrent dieselben Leistungen wie der „eigenwirtschaftliche“ Anbieter bei gleichen oder geringeren Kosten zu einem geringeren als dem „eigenwirtschaftlichen“ Tarif oder er kann zum gleichen Tarif bessere Leistungen anbieten. Die Vorzüge können auch auf Ermäßigung des Tarifs und Verbesserung der Leistung verteilt werden. Hat die Genehmigungsbehörde wie bei Konkurrenz eigenwirtschaftlicher Angebote den angebotenen Tarif und die angebotene Leistung der Auswahl zugrunde zu legen, so kann der Anbieter der eigenwirtschaftlichen Leistung den Genehmigungswettbewerb nur dann gewinnen, wenn er entweder selbst eine um den Wert der Ausgleichsleistung bessere Verkehrsleistung oder die vom Konkurrenten angebotene Leistung zu Kosten erbringen kann, die um die Ausgleichsleistung geringer sind als die beim Konkurrenten entstehenden Kosten. Da das nur denkbar ist, wenn die ausgleichsgewährende Stelle die Verkehrsleistung in unvertretbarer Weise unzutreffend bewertet hat, und weil für den größten Teil der ÖPNV-Leistungen Ausgleichsleistungen angeboten werden, könnte das Gebot des Satzes 1 bei den soeben beschriebenen Annahmen nur in seltenen und unwahrscheinlichen Ausnahmefällen zum Zuge kommen. Es würde dem Anbieterpublikum einen „**Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit**“ vortäuschen, der angesichts flächendeckender Ausgleichsleistungen nicht besteht.

92 Ein solches Ergebnis ist aber weder mit dem **öffentlichen Verkehrsinteresse** noch mit dem Grundrecht der **Gewerbefreiheit** des unterlegenen Genehmigungsbewerbers noch mit dem allgemeinen für Wirtschaftsintervention und Daseinsvorsorge geltenden Subsidiaritätsprinzip (Vorb. I Rn. 10, 20 ff., Vorb. II Rn. 2, 10) vereinbar. Denn die Zulassung eines Verkehrs hängt danach von der Bestimmung der ort-zeitlichen Quantität und Qualität und des Beförderungspreises der mit Ausgleichsleistungen oder Rechten zu fördernden Verkehrsleistung durch die den Ausgleich gewährende Behörde ab. Die Behörde kann mit Hilfe der Förderungsmaßnahmen das Preis-Leistungsverhältnis jeweils so gestalten, dass es jedenfalls dem eigenwirtschaftlichen Angebot überlegen ist. Von dieser Bestimmung hängt nicht nur die

Befriedigung des öffentlichen Verkehrsinteresses an einem angemessenen Preis-Leistungsverhältnis sondern auch die Zurücksetzung des Grundrechts von Konkurrenten ab. Letzteres bedarf wegen des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts einer Grundlage in einem bestimmten Gesetz und einer Legitimation durch ein übergeordnetes Interesse des Gemeinwohls. Eine solche findet sich weder im Recht der öffentlichen Aufträge noch in der VO (EG) 1370/2007 sondern allein im öffentlichen Verkehrsinteresse als Maßgabe des PBefG für die Genehmigungsentscheidung.

Aus § 8 Abs. 4 Satz 1 folgt daher die Befugnis und Verpflichtung der Genehmigungsbehörde, bei ihrer Auswahlentscheidung über eine Genehmigungskonkurrenz einer eigenwirtschaftlichen gegenüber einer gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistung den Vorzug zu geben, wenn die konkurrierende gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistung nicht **erforderlich** ist (→ Rn. 159 ff. zu § 13 und die dort in Rn. 162 zitierte Rechtsprechung des BVerwG; anders die in Rn. 5 und 12 zitiert Gegenmeinung). Ein nicht erforderliches, staatlich finanziertes Angebot rechtfertigt nicht die Zurücksetzung der Gewerbefreiheit. Die Leistung ist aber auch dann nicht erforderlich, wenn ein eigenwirtschaftliches oder eine andere gemeinwirtschaftliche Leistung ausreicht. Das ist auf Grund einer nachprüfaren Prognose nachzuweisen (BVerwG 29.10.2009, BVerwGE 135, 198). Die Zuständigkeit der Genehmigungsbehörde gilt auch, soweit für die Entscheidung ein Beurteilungsspielraum eröffnet ist (VGH Kassel 18.11.2008, BeckRS 2009, 30430).

Abs. 4 Satz 1 schließt nicht aus, dass **Kostendeckung** im Hinblick auf das durch die Betriebspflicht begründete Unternehmerrisiko **unterstellt** wird, wenn Anhaltspunkte für Unterdeckung fehlen. Mit Recht wird daher als Genehmigungsvoraussetzung lediglich die Darlegung (eine plausible Prognose) gefordert, die auch vorübergehende Defizite einschließen kann. Im Zweifelsfall ist aber der Nachweis zu fordern (VGH Kassel 5.4.2011, BeckRS 2011, 50913; VG Freiburg 18.12.2002 – 1 K 2400/99, NJOZ 2004, 1176 für eine „eigenwirtschaftliche“ Genehmigung). Solche Zweifel bestehen, wenn ähnliche Verkehrsleistungen in der unmittelbaren Vergangenheit zu dem Antragstarif nicht ohne öffentliche Kostendeckungsbeiträge erbracht werden konnten und der Antragsteller nicht über solche Beiträge verfügt (VGH Kassel 5.4.2011; die Entscheidung bezieht sich auf eine vom Aufgabenträger ermittelte „Auskömmlichkeitsschwelle“). Die Prüfung der Kostendeckung besteht in einem Vergleich der für die Erstellung der Verkehrsleistungen erforderlichen Aufwendungen mit den Erträgen (VGH Kassel 5.4.2011).

Zur Erforderlichkeit gehört, dass die Leistung eigenwirtschaftlich nicht zur Verfügung steht. Wenn allerdings § 8a in Abs. 1 Satz 1 die Zulässigkeit gemeinwirtschaftlicher Leistungen davon abhängig macht, dass eigenwirtschaftliche Leistungen „nicht möglich“ sind, ist anzumerken, dass eigenwirtschaftliche Leistungen unter Einhaltung der Marktbedingungen zwar gering und/oder teuer ausfallen können aber immer möglich sind. Die Vorschrift kann daher nur dahingehend verstanden werden, dass sie auf die Unmöglichkeit eigenwirtschaftlicher Erbringung von **Leistungen** abstellen will, die nach einer bestimmten **Art**, einem bestimmten **Umfang** und nach bestimmten **Leistungsbedingungen**, insbesondere zu einem bestimmten Fahrpreis

§ 8

I. Allgemeine Vorschriften

als erforderlich angesehen werden, nach Angebot und Nachfrage jedoch nicht zustande kämen.

- 96 Dieses Ergebnis rechtfertigt es, von einem **logischen Vorrang** eigenwirtschaftlicher Leistung zu sprechen. Er ist lediglich eine Folge der Gesetzgebungstechnik. Aus der Sicht der beteiligten Interessen bleibt es jedoch beim Vorrang, den gemeinwirtschaftliche Leistungen dank ihrer Verbilligung durch öffentliche Kostendeckungsbeiträge genießen.
- 97 c) **„Relative Eigenwirtschaftlichkeit“**. Einen Grund für die Bevorzugung eigenwirtschaftlicher Verkehre bietet das haushaltsrechtliche Gebot der **Sparsamkeit**. Sicherlich genügt die Unabhängigkeit einer Leistung von staatlichen Kostendeckungsbeiträgen nicht für die Zurücksetzung des gemeinwirtschaftlichen Angebots, sonst müsste sich das schlechteste Angebot in der Regel durchsetzen. Denn die erforderliche gemeinwirtschaftliche Leistung hat Vorrang. Überhaupt bildet das Maß der Belastung öffentlicher Haushalte für sich allein keinen Maßstab für die Vorzugswürdigkeit einer Leistung. Die Belastung kann nämlich nicht ohne die zu finanzierende Leistung bewertet werden. Maßgabe ist Wirtschaftlichkeit im Sinne eines unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit angemessenen Verhältnisses von Leistung und Aufwand. Für diese Verhältnismäßigkeit können aus dem Marktgeschehen und insbesondere dem Wirtschaften erfolgreicher, im Wettbewerb stehender Unternehmen Anhaltspunkte gewonnen werden.
- 98 d) **Öffentliche Dienstleister als Gebotsadressaten**. Soweit ein staatlicher oder kommunaler Eigenbetrieb als Adressat in Betracht kommt, bedeutet das „Gebot“, dass er Leistungen nur unter den für private Unternehmen geltenden Bedingungen und insbesondere mit Hilfe staatlicher Begünstigungen nur unter denselben Voraussetzungen erbringen darf wie diese.
- 99 e) **Plangeber des Nahverkehrsplans als Gebotsadressat**. Soweit das Gebot der Eigenwirtschaftlichkeit des Abs. 4 Satz 1 für die Nahverkehrsplanung nach § 8 Abs. 3 Satz 2 ff. gilt, dürfte vom kommunalen Netz oder Netzanteil als Kosten- und Ertragseinheit auszugehen sein. Auch von der durch die beschränkte Bindungswirkung des Nahverkehrsplanes begründeten Zuständigkeitspräferenz der Aufgabenträger wird die Wahrnehmung öffentlicher Verkehrsinteressen nicht erfasst, die die Genehmigungsbehörde nach Abs. 3a Satz 1 zur Geltung zu bringen hat, insbesondere soweit sie nicht in die sachliche oder örtliche Zuständigkeit der Aufgabenträger fallen. In Betracht kommen etwa Interessen der Raumordnung, Landesplanung oder Energiepolitik.

V. Landesrecht

1. Organisations- und Verwaltungsverfahrensrecht

- 100 Die Gestaltung des **Verwaltungsverfahrens** und die Einrichtung der Behörden obliegt nach Art. 84 GG den Ländern. Soweit § 8 das Verfahren bei Erlass des Nahverkehrsplanes regelt, ist das mit dem GG vereinbar, weil das Eisenbahnneuordnungsgesetz (Vorb. I Rn. 39), durch das § 8 Abs. 3

Satz 9 seine geltende Fassung erhalten hat, und das G v. 14.12.2012 mit Zustimmung des Bundesrates zustande gekommen sind. Nach Abs. 3 Satz 7 können die Länder Einzelheiten über Aufstellung und Inhalt des Nahverkehrsplanes regeln (vgl. zB SächsVO 15.10.1997, SächsGVBl. S. 587, geänd. durch VO v. 2.3.2012, SächsGVBl. S. 163, 165).

Das BayÖPNVG (Rn. 13 zu § 8) sieht in Art. 13 mit Art. 6 **Regionalverkehrspläne** (ohne besondere inhaltliche Vorgaben) für Regionen vor, welche die Regierung im Einvernehmen mit den zuständigen Aufgabenträgern abgrenzt. Ist der Regionalplan lediglich die Summe der (zwischen ihnen abgestimmten) Nahverkehrspläne der Aufgabenträger, so lässt die Ablehnung eines Regionalplans durch einen Aufgabenträger seine Wirkung für andere Teile der Region unberührt (VG Augsburg 10.11.2009 – 3 K 08/1149). Schon die Festlegung einer Region für gemeinsame Planung enthält aber durch die Bezugnahme auf deren Belange eine inhaltliche Vorgabe für die planerische Abwägung. Das ist mit § 8 vereinbar. Das gilt auch für detaillierte Festlegungen, wenn sie – wie in Art. 6 BayÖPNVG angeordnet – einvernehmlich erfolgen.

2. Gestaltungsvorgaben

Abs. 3 Satz 7 ermächtigt die Länder auch zur Regelung von Einzelheiten über den **Inhalt** der Pläne. Diese Ermächtigung kann angesichts der Zurückhaltung des PBefG bei Normierung inhaltlicher Anforderungen an den ÖPNV und der Maßgeblichkeit des Plans erhebliche Bedeutung erlangen. Soweit allerdings dem Merkmal der öffentlichen Verkehrsinteressen in § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 konkrete Inhalte entnommen werden können, gilt für Genehmigungsentscheidungen der Vorrang des Bundesrechts. Auch Lücken solcher Konkretisierungen können im Verkehrsinteresse liegen (siehe jedoch die Anm. zu § 63). Dass der Genehmigungsvorbehalt des § 2 verfassungsrechtlich nur insoweit haltbar ist, als sich dem Gesetz Maßgaben für die übergeordneten Allgemeinwohlintereessen entnehmen lassen, die eine Beschränkung der Berufsfreiheit rechtfertigen, und dass hierfür in erster Linie die Generalklausel des § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 in Betracht kommt, setzt auch der landesrechtliche Gestaltung Grenzen.

Die einschlägigen Nahverkehrsgesetze der Länder (→§ 8 Rn. 13) stehen dem Bundesrecht manchmal trotz Breite ihrer Thematik an Vagheit ihrer Vorgaben für die Nahverkehrsplanung nicht nach, wenn sie etwa auf „Bedarfsgerechtigkeit“ oder „ausreichenden Umfang“ der Verkehrsgelegenheiten oder den Schienennahverkehr als „Grundangebot“ (§ 11 Abs. 2 BW ÖPNVG) Bezug nehmen. Sie enthalten aber auch **justitiable Maßgaben** wie etwa den Vorzug für Integration des Schülerverkehrs.

VI. Verhältnis zum Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Abs. 3b soll die Grundlage für die weitgehend unentbehrliche **Kooperationen** im ÖPNV, vor allem für Verkehrs- und Tarifverbände bilden. Das

G v. 14.12.2012 hat zwar Abs. 3b an die Stelle der bis 31.12.2012 geltenden Abs. 3 Satz 7 bis 10 gesetzt, die auf Art. 2 Abs. 7 des am 1.7.2005 in Kraft getretenen 7. Gesetzes zur Änderung des GWB v. 7.7.2005, BGBl. I S. 1954 zurückgingen, und die Kooperationsvorschrift des Abs. 3 Satz 1 alter Fassung gestrichen. (Das GWB wurde in der am 26.6.2013 geltenden Fassung im BGBl. I S. 1750, 3245 neu bekannt gemacht und zuletzt am 7.8.2013 geändert – BGBl. I S. 3154). Kooperation aller Beteiligten ist aber nach wie vor Voraussetzung für optimale Realisierung öffentlicher Verkehrsinteressen. Das ergibt sich aus der **Befreiung von Kooperationen von § 1 GWB** unter der Voraussetzung, dass Kooperations-Vereinbarungen, -Beschlüsse und -Empfehlungen den **Zielen** des Abs. 3b Satz 1 **dienen** (dazu OLG Koblenz 20.12.2001, ZfBR 2002, 291). Zu der im Beschluss des BKartA v. 3.7.2002 (B 9 – 60211-U164/01, WuW 2002, 871) vertretenen Auffassung, wonach der Begriff der „ausreichenden“ Verkehrsbedienung durch die Publikumsbedürfnisse ausgefüllt sei, → Rn. 26 ff.

- 105 Die in Satz 8 vorgesehene **Anmeldung** bei der Genehmigungsbehörde gehört zum gesetzlichen Ausnahmetatbestand und hat daher **konstitutive** Bedeutung (weitere Nachweise bei *Fromm/Sellmann/Zuck* Rn. 8 zu § 8). Die Kartellbehörden können ihre Wirkung bei Vorliegen der übrigen Ausnahmeversetzungen nicht hindern und sind auf die durch Abs. 3 Satz 9 und durch das Diskriminierungsverbot des GWB vermittelten Handhaben verwiesen. Die bis zum Inkrafttreten des Gesetzes 7.7.2005 (Rn. 61) am 1.7.2005 geltende Anordnung, wonach die Genehmigungsbehörden die Meldung an die Kartellbehörde weiterzuleiten hatten, wurde durch dieses Gesetz gestrichen. Es wird die Auffassung vertreten, die Anmeldung müsse von „**allen Beteiligten**“ abgegeben werden (*Fromm/Fey/Sellmann/Zuck*, Rn. 8 zu § 8 im Anschluss an *Kuder* WuW 1981, 1, 12). Das kann dem Gesetz nicht entnommen werden. Da die Anmeldung die Kartellbehörde in die Lage setzen soll, die Erforderlichkeit etwaiger Maßnahmen nach dem GWB prüfen zu können, genügt die Anmeldung durch einen Beteiligten.
- 106 Soweit § 1 GWB nach Abs. 3b nicht gilt, dürfen Verhaltensweisen der Unternehmen einschließlich der Kooperation aller Grade, die von der Genehmigungsbehörde im öffentlichen Verkehrsinteresse zugelassen worden sind, von Kartellbehörden nicht als missbräuchlich beanstandet werden (OLG Düsseldorf 4.5.2005 Rn. 94). Beschlüsse und Empfehlungen der Kartellbehörden ergehen gemäß Abs. 3b Satz 4 im Benehmen mit der zuständigen **Genehmigungsbehörde**. Über deren **Einwendungen** kann sich die Kartellbehörde mit guten Gründen hinwegsetzen. Das Unterbleiben des in Satz 4 angeordneten Benehmens macht jedoch Verfügungen der Kartellbehörden fehlerhaft und aufhebbar.
- 107 Unternehmenszusammenschlüsse und Kooperationen sind von § 1, nicht jedoch von den übrigen Vorschriften des GWB freigestellt, sie unterliegen insbesondere der **Fusionskontrolle** nach § 37 GWB im Rahmen der Umsatzschwellen des § 35 GWB (BGH 7.2.2006, BGHZ 166, 165 Rn. 19 f.; OLG Düsseldorf 4.5.2005, WuW 2005, 1 m. Anm. *Abegg* WuW 2005, 275 und 22.12.2004 – VI Kart 1/04 (V), BeckRS 2005, 00564), soweit sich der Zusammenschluss nicht auf die Vergesellschaftung der ausgenommenen