

VGH Kassel, Urteil vom 05.04.2011 – 2 A 1593/10

Nicht amtliche Leitsätze:

1. Die Vorschrift des § 15 Abs. 1 Satz 5 PBefG über die Genehmigungsfiktion ist auch anwendbar, wenn mehrere konkurrierende Genehmigungsanträge vorliegen.
2. Wenn der Genehmigungsbehörde konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein beantragter eigenwirtschaftlicher Verkehr auf einer Linie nicht kostendeckend betrieben werden kann, ist der Genehmigungsbewerber verpflichtet, die Deckung des Aufwands im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG substantiiert darzulegen.

Wesentlicher Inhalt der Entscheidung:

Das Verfahren betrifft, neben der Frage, welche Anforderungen an die Genehmigungsfiktion des § 15 Abs. 1 Satz 5 PBefG zu stellen sind, im Wesentlichen die Abgrenzung eigen- und gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen und insbesondere die Frage der Prüfungs- und Darlegungspflichten. Im streitigen Fall hatte sich der eigenwirtschaftliche Antragsteller geweigert, gegenüber der Genehmigungsbehörde die Auskömmlichkeit darzulegen. Der VGH hat überzeugend festgestellt, die Genehmigungsbehörde zu Recht die Merkmale einer eigenwirtschaftlichen und ausreichenden Verkehrsbedienung zu Recht eigenständig einer Prüfung unterzogen und von der Klägerin eine Darlegung zur Aufwandsdeckung im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG verlangt hat, da der Genehmigungsbehörde zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung von den zuständigen Aufgabenträgern herrührende Informationen zur Verfügung standen, wonach die Linien des streitgegenständlichen Linienbündels in der Vergangenheit nicht eigenwirtschaftlich betrieben werden konnten.

Urteilstext (gekürzt):

Tatbestand

Die Klägerin, ein Verkehrsunternehmen mit Niederlassungen in (Kreis) und München, begehrt die Erteilung einer personenbeförderungsrechtlichen Genehmigung für den Betrieb eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs auf dem Linienbündel/.....(Linien 50 bis 57).

Das Linienbündel/..... ist Teil des Nahverkehrsplans der Beigeladenen zu 2) und im regionalen Verkehrsplan der Beigeladenen zu 1) enthalten. Der Anteil lokaler Verkehrsleistungen, die für die Beigeladene zu 2) erbracht werden sollen, beträgt knapp 20%, rund 80% der Verkehrsleistungen dieses Verkehrsbündels werden regional für die Beigeladene zu 1) erbracht. Die Klägerin war in der Vergangenheit Genehmigungsinhaberin für die lokalen Linien, die Beigeladene zu 3) für die regionalen Linien des Verkehrsbündels.

Die Beigeladenen zu 1) und zu 2) als zuständige Aufgabenträger des öffentlichen Nahverkehrs machten unter dem 30. Dezember 2005 eine europaweite Ausschreibung über die Durchführung von Linienverkehr im Buspersonenverkehr u.a. auch für das Linienbündel/..... bekannt. Sie erteilten in diesem Verfahren am 8. Mai 2006 den Zuschlag für das genannte Linienbündel an die Beigeladene zu 3). Diese beantragte daraufhin am 17. Mai 2006 beim Beklagten eine personenbeförderungsrechtliche Genehmigung für den Betrieb des Linienbündels als gemeinwirtschaftlicher Verkehr nach § 13a des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG). Am 27. Oktober 2006 erteilte der Beklagte der Beigeladenen zu 3) eine einstweilige Erlaubnis für die Bedienung der Linien.

Die Klägerin hatte sich an dem vorgenannten Ausschreibungsverfahren nicht beteiligt. Sie hatte bereits am 9. Februar 2006 stattdessen beim Beklagten die Erteilung einer

eigenwirtschaftlichen Genehmigung für das Linienbündel/..... beantragt. Die Antragsunterlagen enthielten u.a. Fahrpläne für die beantragten Linien, Angaben zu Haltestellen und Fahrtweiten, Linienverlaufspläne, Unterlagen zum anzuwendenden Verbundtarif und auch eine Liste der Fahrzeuge, die einzusetzen beabsichtigt war (Behördenakte Bl. 53 f.). Diese Liste enthielt Angaben zu Fabrikat und Typ von neun im Betrieb beheimateten und weiteren 16 im Betrieb München vorhandenen Omnibussen. Fünf Fahrzeuge aus wurden als Überlandbusse bezeichnet, worunter sich ein Doppelstockbus, ein Fahrschulbus und ein Fünfzehnmeter-Bus befinden sollten, drei Fahrzeuge wurden als Reisebusse und ein Fahrzeug als Kleinbus bezeichnet. In München waren nach der Auflistung der Klägerin 12 Niederflurbusse, drei Gelenkbusse und ein Reisebus vorhanden. Das Alter der Fahrzeuge und ihre Sitz- bzw. Stehplatzzahl wurde nicht angegeben.

Bei einer Besprechung mit der Klägerin am 13. März 2006 (Behördenakte Bl. 93) forderte der Beklagte die Vorlage einer "Fahrzeugliste zum Fahrplan sowie einer Kalkulation". Mit Schreiben vom 24. März 2006 (Behördenakte Bl. 96) gab die Klägerin an, wie nach ihrer Einschätzung die Einnahmesituation durch den beantragten Linienverkehr zu ermitteln sei. Sie rechnete hiernach mit Einnahmen aus dem Verkauf von Schulzeitkarten in Höhe von rund 517.000,00 EUR und Einnahmen aus dem Fahrkartenverkauf im Bus in Höhe von rund 180.000,00 EUR nach dem Fahrpreisstand des Jahres 2006. Einnahmen aus Vorverkauf setzte sie mit zusätzlich 15.000,00 EUR an, ferner sollten sich aus einer Tarifierhöhung zum Fahrplanwechsel Ende 2006 Mehreinnahmen von rund 21.000,00 EUR ergeben. Abzüglich der Mehrwertsteuer ermittelte die Klägerin hiernach Fahrkartenerlöse in Höhe von netto 685.000,00 EUR. Als Quelle sonstiger Einnahmen gab die Klägerin vor allem Omnibuswerbung, Anschlussfahrten zum Schulverkehr sowie Sport- und Badefahrten an und rechnete insgesamt mit Einnahmen in Höhe von 829.245,00 EUR. Hieraus ergebe sich ein Erlös von rund 1,53 EUR je Nutzwagenkilometer. Dies sei deutlich mehr als die bisherige Auftragsvergütung von 1,10 EUR im Bereich/..... Ferner sicherte die Klägerin zu, die Vorgaben des gültigen Nahverkehrsplans des Landkreises zu Qualitätsstandards der eingesetzten Fahrzeuge zu erfüllen. Sie sei bereit, mit der Beigeladenen zu 2) eine entsprechende Qualitätsvereinbarung abzuschließen.

Mit Schreiben vom 10. April 2006 an die Klägerin forderte der Beklagte weitere Erläuterungen und Unterlagen zur Kalkulation sowie zu den einzusetzenden Fahrzeugen (Behördenakte Bl. 100 ff.). Die von der Klägerin angegebenen Einnahmeerwartungen seien unrealistisch. Auf der Grundlage eines voraussichtlich erzielbaren Nettoertrags aus Fahrkartenverkäufen in Höhe von 695.962,00 EUR ergebe sich ein Ertragswert von lediglich 1,28 EUR pro Linienkilometer. Mit diesem Kilometerpreis sei die ordentliche Durchführung eines Linienverkehrs nicht möglich. Die bisherige Auftragsvergütung liege höher als 1,10 EUR. Sonstige Erträge, die die Klägerin zur Finanzierung ihres Aufwands einzusetzen gedenke, seien im Rahmen des Linienverkehrs nicht berücksichtigungsfähig. Die Klägerin müsse weiterhin ihre Aufwendungen für die beantragten Verkehre darlegen, damit beurteilt werden könne, ob die Klägerin den Verkehr auskömmlich werde betreiben können. Dazu sei auch ein von einem Wirtschaftsprüfer erstelltes Testat notwendig, aus dem sich ergebe, dass das Unternehmen in der Lage sei, den Verkehr mit den vorgegebenen Ausschreibungsstandards eigenwirtschaftlich zu erbringen. Ferner genügten neun Fahrzeuge für den zu erbringenden Linienverkehr nicht. Erforderlich seien schon für die fahrplanmäßigen Verkehre zwölf Omnibusse und dazuhin werde der Einsatz von vier weiteren Fahrzeugen infolge einer Dauerumleitung erforderlich werden. Für die Erfüllung der Vorgaben setzte der Beklagte der Klägerin eine Frist bis zum 20. April 2006 und verlängerte die Bearbeitungsfrist für den Antrag nach § 15 Abs. 1 Satz 4 PBefG um drei Monate.

Mit Schreiben vom 19. April 2006, beim Beklagten eingegangen am 20. April 2006 (Behördenakte Bl. 108), vertrat die Klägerin die Auffassung, die von ihr kalkulierten Einnahmen seien auskömmlich. Es könne ihr nicht verwehrt werden, "sonstige Erträge/Gewinne" neben den Einnahmen aus Fahrausweisverkäufen einzusetzen. Sie sei

auch bereit, mit dem Beigeladenen zu 1) eine Qualitätsvereinbarung zu schließen. Die vorgelegte Fahrzeugliste enthalte die zum damaligen Zeitpunkt im Betrieb vorhandenen Busse. Sie unterhalte aber weitere Niederlassungen, in denen entsprechende Fahrzeuge vorhanden seien. Es könne nicht erwartet werden, dass in einem Betrieb zahlreiche neue und aktuell nicht benötigte Fahrzeuge vorgehalten würden. Für das verlangte Testat eines Wirtschaftsprüfers gebe es keine Rechtsgrundlage. Standards aus einem Ausschreibungsverfahren seien von ihr nicht zu erfüllen, da sie nicht an einem Ausschreibungsverfahren teilgenommen, sondern einen eigenwirtschaftlichen Genehmigungsantrag gestellt habe. Dieser habe Vorrang vor gemeinwirtschaftlichen Anträgen.

Durch Schreiben vom 24. April 2006 an die Klägerin (Behördenakte Bl. 115) forderte der Beklagte eine Aufstellung mit Angaben über die Anzahl und Art der Busse, die eingesetzt werden sollten, wobei es ratsam sei, zu dem ausgeschriebenen Fahrplan den jeweiligen Bus anzugeben. Ferner wurde die Klägerin zur Vorlage einer Kostenrechnung aufgefordert, in der neben den erwarteten Einnahmen auch die Ausgabepositionen wie Löhne, Kraftstoffkosten, Versicherungen oder Abschreibungskosten enthalten sein sollten. In ihrem Schreiben vom 2. Mai 2006 (Behördenakte Bl. 120) vertrat die Klägerin die Auffassung, sie habe zu den einzusetzenden Fahrzeugen eine hinreichende Aussage gemacht. Sie habe verbindlich erklärt, alle Anforderungen des lokalen und regionalen Nahverkehrsplans voll umfänglich zu erfüllen. Darüber hinausgehende Anforderungen einer Ausschreibung seien für sie irrelevant. Die für den beantragten Verkehr notwendige Zahl und Art der von ihr eingesetzten Fahrzeugen entspreche voll umfänglich dem jeweiligen Nahverkehrsplan.

Unter dem 12. Mai 2006 (Behördenakte Bl. 138 ff.) leitete der Beklagte das Anhörverfahren gemäß § 14 PBefG zum Antrag der Klägerin und zum gemeinwirtschaftlichen Antrag der Beigeladenen zu 3) ein und legte im Begleitschreiben dar, dass er den Antrag der Klägerin abzulehnen und die Genehmigung der Beigeladenen zu 3) nach § 13a PBefG zu erteilen beabsichtige.

Mit Bescheid vom 20. Juni 2006 (Behördenakte Bl. 239 ff.) lehnte der Beklagte den eigenwirtschaftlichen Antrag der Klägerin ab. Zur Begründung heißt es, die gesetzlichen Genehmigungsvoraussetzungen aus § 13 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 PBefG lägen nicht vor (Behördenakte Bl. 246). Zum einen könne nicht zweifelsfrei festgestellt werden, dass der Klägerin genügend Fahrzeuge zur Verfügung stünden und ihr Angebot den Vorgaben des Nahverkehrsplans der Beigeladenen zu 1) zum Mindeststandard der eingesetzten Busse entspreche. Die pauschale Behauptung, alle Anforderungen des Nahverkehrsplans voll umfänglich zu erfüllen, genüge nicht. Die Klägerin sei nicht in der Lage gewesen, einen detaillierten Plan vorzulegen, aus dem hervorgehe, welche Art von Fahrzeugen auf welcher Linie eingesetzt werden solle. Die Fahrzeuge aus der mit den Antragsunterlagen vorgelegten Liste entsprächen allesamt nicht dem Standard des Nahverkehrsplans und seien auch von der Anzahl her zu gering (Bl. 248). Der Hinweis, in einem anderen Unternehmensteil stünden geeignete Fahrzeuge bereit, genüge nicht. Zwar würden in einer Liste 16 Busse des Betriebs der Klägerin in München aufgeführt, es werde aber nicht erläutert, ob es uneingeschränkt möglich sei, diese für die beantragte Verkehrsleistung zu nutzen. Zwar müssten bei Antragstellung noch nicht alle erforderlichen Fahrzeuge vorhanden sein, die Klägerin habe aber auch keine eindeutige Aussage dazu getroffen, ob sie gegebenenfalls bereit sei, Busse neu anzuschaffen.

Zum anderen sei die vorgelegte Kalkulation nicht aussagekräftig zur Kostenseite. Es würden dort nur die Einnahmen dargestellt. Insbesondere sei nicht erkennbar, mit welchen Kosten - etwa Anschaffungskosten - die notwendigen Busse und die zusätzlichen Kosten aufgrund des Umleitungsverkehrs zu Buche schlagen würden. Ob ein Aufwand gedeckt und damit ein eigenwirtschaftlicher Betrieb möglich sei, könne nur beurteilt werden, wenn klar sei, wie hoch der Aufwand ist. Die Darlegung ihres Aufwandes habe die Klägerin aber trotz mehrfacher Aufforderung unterlassen. Deshalb sei davon auszugehen, dass eine eigenwirtschaftliche

Verkehrsbedienung nicht möglich sei. Die Genehmigungsbehörde müsse prüfen, ob ein Verkehr tatsächlich eigenwirtschaftlich ist und deshalb an den Voraussetzungen des § 13 PBefG gemessen werden darf. Der Bescheid wurde der Klägerin am 22. Juni 2006 zugestellt.

Am 14. Juli 2006 hat die Klägerin Klage erhoben. Sie hat die Auffassung vertreten, die Ablehnung ihres Genehmigungsantrags enthalte zugleich auch die Erteilung einer Genehmigung für das streitbefangene Linienbündel zugunsten der Beigeladenen zu 3). Sie habe aber vorrangig vor der Beigeladenen zu 3) einen Genehmigungsanspruch, weil sie einen eigenwirtschaftlichen Antrag gestellt habe. Der Aufgabenträger habe kein Wahlrecht hinsichtlich des Genehmigungsverfahrens. Vielmehr sei grundlegend die Aussage des § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG zum Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen. Dem Aufgabenträger sei es verwehrt, über eine diesem Vorrang widersprechende Ausschreibung die Kompetenz der Genehmigungsbehörde zur Definition der ausreichenden Verkehrsbedienung zu entwerten. Auf die Genehmigungsentscheidung dürften die Aufgabenträger im ÖPNV ausschließlich im Wege der Aufstellung eines Nahverkehrsplanes Einfluss nehmen. Sie sei bereit und in der Lage, die geltenden Anforderungen des Nahverkehrsplanes zu erfüllen. Darüber hinausgehende Vorgaben hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit eines Verkehrs seien im Verfahren nach § 13 PBefG nicht zulässig. Es sei rechtswidrig, wenn der Beklagte auf die Ausschreibungsbedingungen verweise und damit letztlich höhere Anforderungen stelle als der maßgebliche Nahverkehrsplan. Für das Ausfüllen von Kalkulationsblättern und für das Verlangen eines Testats eines Wirtschaftsprüfers fehle es an einer Rechtsgrundlage. Sie sei nicht verpflichtet, betriebsinterne Kalkulationen vorzulegen. Das Bundesverwaltungsgericht habe in seinem Urteil vom 19. Oktober 2006 eine eindeutige Haltung zur Prüfungscompetenz und -tiefe der Genehmigungsbehörde bezogen. Indem das Gericht entschieden habe, dass die Genehmigungsbehörde eigenwirtschaftliche Genehmigungsanträge nicht einmal auf offensichtliche Beihilferechtswidrigkeit zu überprüfen habe, habe es deutlich gemacht, dass es für die Eigenwirtschaftlichkeit eines Antrags darauf ankomme, ob der Unternehmer seiner Einschätzung nach zur eigenwirtschaftlichen Erbringung in der Lage sei. Die Genehmigungsbehörde dürfe dies nicht tiefergehend überprüfen. Die Fiktion einer Genehmigung gemäß § 15 Abs. 1 Satz 5 PBefG zugunsten der Beigeladenen zu 3) sei nicht eingetreten. Eine fingierte Genehmigung bedürfe nämlich des Vorliegens sämtlicher Genehmigungsvoraussetzungen und hierzu gehöre bei einer gemeinwirtschaftlichen Genehmigungserteilung das Nichtvorliegen eines eigenwirtschaftlichen Genehmigungsantrags.

Die Klägerin hat beantragt,

den Bescheid des beklagten Landes vom 20. Juni 2006 sowohl im Hinblick auf die Ablehnung ihres eigenen Antrags als auch im Hinblick auf die Genehmigung des Antrags der Beigeladenen aufzuheben und das Land zu verpflichten, ihr die beantragte Genehmigung für das Linienbündel/..... zu erteilen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Antrag der Klägerin sei nicht genehmigungsfähig gewesen. Die Vorlage einer Kalkulation sei geboten, um entscheiden zu können, ob der Verkehr - wie beantragt - wirklich eigenwirtschaftlich gefahren werden könne. Dies sei deshalb zweifelhaft, weil einzelne Linien des Bündels in der Vergangenheit gemeinwirtschaftlich gefahren worden seien und nach Einschätzung der lokalen Aufgabenträger das gesamte Bündel nicht eigenwirtschaftlich betrieben werden könne. Das Wahlrecht des Unternehmers beschränke sich auf die unternehmerische Entscheidung, einen eigenwirtschaftlichen Antrag zu stellen oder nicht. Ob

die Verkehrsleistung eigenwirtschaftlich oder gemeinwirtschaftlich erbracht werden könne, müsse die Genehmigungsbehörde entscheiden. Hierbei habe sie auch die Anforderungen des Nahverkehrsplanes zu beachten. Die Klägerin müsse für die Durchführung des Verkehrs 12 Niederflurbusse (plus vier Busse später wegen der Dauerumleitung) einsetzen. Die von der Klägerin mit Antragstellung eingereichte Liste mit Bussen aus habe nur neun Busse enthalten. Zwar sei auch eine Liste mit Bussen vorgelegt worden, die in München im Einsatz seien. Aufgrund dieser Liste habe jedoch nicht entschieden werden können, ob jene Busse einsetzbar seien, da keine Angaben zum Alter und zur Ausstattung gemacht worden seien. Wenn die Klägerin jetzt vortrage, diese Busse hätten für den beantragten Verkehr genutzt werden können, da die Verkehrsleistung in München zwischenzeitlich ausgelaufen sei, müsse dazu festgestellt werden, dass nach Mitteilung der Regierung von Oberbayern die Klägerin den Zuschlag für eine Verkehrsleistung für zwei Linien im Landkreis München für acht Jahre erteilt bekommen habe. Im Übrigen sei die Vorlage einer Fahrzeugliste nach § 12 Abs. 1 Nr. 3c PBefG vorgesehen und dies beziehe sich auch auf die für den beantragten Verkehr zu verwendenden und nicht nur die zurzeit vorhandenen Fahrzeuge.

Die Beigeladenen zu 1) und zu 2) haben ebenfalls beantragt,

die Klage abzuweisen.

Nach ihrer Auffassung war das von ihnen und dem Beklagten gewählte Verfahren rechtmäßig. Die zu erbringenden Verkehrsleistungen auf dem Linienbündel/..... seien gemeinwirtschaftlich. Zur Beurteilung der Auskömmlichkeit sei auf den sog. Marktverkehrspreis abzustellen. Soweit ein eigenwirtschaftlicher Antragsteller im Rahmen seiner Darlegung gegenüber der Genehmigungsbehörde im Vergleich zum Marktvergleichspreis deutlich niedrigere Kosten aufführe, müsse dies entsprechend dargelegt und erläutert werden. Dies sei von Seiten der Klägerin nicht erfolgt. Die Genehmigungsbehörde sei berechtigt und verpflichtet, die Ernsthaftigkeit und Realisierbarkeit einer von Genehmigungsbewerbern angebotenen Verkehrsbedienung zu prüfen. Hierzu gehöre auch die Überprüfung der vorgesehenen Finanzierung der Verkehre. Auch der Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG führe zu keinem anderen Ergebnis. Erst wenn ein in diesem Sinne nachvollziehbarer eigenwirtschaftlicher Antrag vorliege, setze das Wahlrecht des Unternehmers ein. Das öffentliche Verkehrsinteresse an der Erfüllung der Anforderungen an die ausreichende Verkehrsbedienung stehe nicht zur Disposition eines Verkehrsunternehmens. Es gehe hier nicht nur um sein eigenes Unternehmerrisiko, sondern in erster Linie um die Risiken für die öffentlichen Verkehrsinteressen und die Sicherstellung der Anforderungen an eine ausreichende Verkehrsbedienung. Diese Rechtsgüter dürften nicht der unternehmerischen Risikobereitschaft auf der Grundlage rein fiktiver Kalkulationen geopfert werden.

Die Beigeladene zu 3) hat keinen Antrag gestellt.

Sie hat aber vorgetragen, sie selbst habe einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung nach § 13a PBefG für das streitbefangene Linienbündel. Sie habe das bessere Angebot als die Klägerin abgegeben. Jedenfalls sei zu ihren Gunsten die Genehmigungsfiktion des § 15 Abs. 1 Satz 5 PBefG eingetreten.

Mit Urteil vom 26. März 2009 hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen. Die angefochtene Ablehnung der Genehmigung enthalte nicht zugleich die Erteilung einer Genehmigung an die Beigeladene zu 3). In der Sache selbst stehe dem Erfolg der Klage, unabhängig vom Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen nach § 13 PBefG, das Verbot der Doppelkonzessionierung entgegen. Denn zugunsten der Beigeladenen zu 3) sei die Genehmigungsfiktion des § 15 Abs. 1 Satz 5 PBefG eingetreten, die auch gegenüber der Klägerin in Bestandskraft erwachsen sei mit der Folge, dass die Beigeladene zu 3) eine unanfechtbare Genehmigung für das fragliche Linienbündel inne habe und damit kein Raum

mehr für eine weitere Vergabe dieses Linienbündels an die Klägerin sei. Dem Eintritt der Genehmigungsfiktion stehe nicht entgegen, dass neben dem Antrag der Beigeladenen zu 3) auf Genehmigung eines gemeinwirtschaftlichen Verkehrs ein noch nicht bestandskräftig beschiedener Antrag der Klägerin auf Genehmigung eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs vorgelegen habe. Die Auffassung, das Nichtvorliegen eines eigenwirtschaftlichen Genehmigungsantrages sei ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 15 Abs. 1 Satz 5 PBefG, finde im Gesetz keine Stütze. Der Gesetzgeber habe auch in Kenntnis der Vorrangregelung des § 8 Abs. 4 PBefG keine entsprechende Einschränkung des Anwendungsbereichs der Norm vorgenommen. Ihr Anfechtungsrecht gegen die Genehmigungsfiktion habe die Klägerin verwirkt.

Die Klägerin hat gegen das ihr am 17. Juni 2009 zugestellte Urteil des Verwaltungsgerichts die Zulassung der Berufung beantragt (Az.: 2 A 2119/09.Z). Mit Beschluss vom 22. Juli 2010 hat der Senat auf diesen Antrag hin die Berufung zugelassen. Der Zulassungsbeschluss wurde der Klägerin am 30. Juli 2010 zugestellt.

Mit Schriftsatz vom 27. August 2010, eingegangen bei Gericht per Fax am selben Tag, hat die Klägerin die Berufung begründet. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts sei nach dem Wortlaut des angefochtenen Bescheides in diesem zugleich eine Genehmigung zugunsten der Beigeladenen zu 3) enthalten. Ferner sei keine Genehmigungsfiktion zugunsten der Beigeladenen zu 3) eingetreten. Die Regelung des § 15 Abs. 1 Satz 5 PBefG komme nicht zur Anwendung, wenn und solange konkurrierende Genehmigungsanträge vorlägen. Dies ergebe sich im Wege der teleologischen Auslegung aus Sinn und Zweck der Norm. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts gebe es mit § 8 Abs. 4 PBefG auch eine gesetzliche Stütze für diese Annahme.

Ihrem eigenen Genehmigungsantrag sei aufgrund des Vorrangverhältnisses aus § 8 Abs. 4 PBefG zu entsprechen. Die Aufgabenträger seien in ihrer Einflussnahme auf die Aufstellung von Nahverkehrsplänen beschränkt. Der Genehmigungsbehörde komme keine Kompetenz zu, die Wirtschaftlichkeit eines eigenwirtschaftlich gestellten Antrags zu überprüfen. Dem Unternehmer stehe es frei, Wagnisse am Markt einzugehen. Die Vorlage einer Kalkulation könne für die Genehmigungsfähigkeit ihres Antrags nicht verlangt werden. Es handle sich insoweit um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, deren Weitergabe nicht gefordert werden dürfe. Die erforderlichen Angaben zur Leistungsfähigkeit ergäben sich abschließend aus der Berufszugangsverordnung für den Straßenpersonenverkehr (PBefZugV). Für das Verlangen weiterer Unterlagen gebe es keine Rechtsgrundlage. Es stehe dem Beklagten nicht frei, solange immer noch detailliertere Informationen zu fordern, bis das Unternehmen nicht mehr zur Gewährung bereit ist, nur um dann den Genehmigungsantrag als unvollständig abzulehnen. Sie verfüge über 60 moderne Niederflrbusse. Im Jahre 2006 hätte sie kurzfristig passende Fahrzeuge am Markt beschaffen können. Ihr Jahresabschluss aus dem Jahre 2006 weise einen Überschuss sowie ein positives Eigenkapital aus. Auch hätten Bestandsfahrzeuge jederzeit vom Münchener Betriebssitz nach überführt werden können. Einen Nachweis über bereits beschaffte Fahrzeuge dürfe die Genehmigungsbehörde nicht fordern.

Die Klägerin beantragt,

unter Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts Kassel vom 26. März 2009 den Bescheid des Beklagten vom 20. Juni 2006 sowie die fiktive Genehmigung der Beigeladenen zu 3. für den Betrieb des Linienbündels/.... mit gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen aufzuheben und den Beklagten zu verpflichten, der Klägerin die beantragte Genehmigung für den Betrieb des Linienbündels/..... mit eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen zu erteilen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Eine der Beigeladenen zu 3) ausdrücklich erteilte Genehmigung gebe es nicht. Jedoch sei wegen des bestandskräftigen Eintritts einer Genehmigungsfiktion zugunsten der Beigeladenen zu 3) die Erteilung einer Genehmigung an die Klägerin ausgeschlossen. § 15 Abs. 1 Satz 5 PBefG sei in allen Fällen anwendbar, in denen Genehmigungsanträge auf die Durchführung von Personenverkehr gestellt würden. Es komme dabei nicht auf die Anzahl der gestellten Anträge an. Auch aus einer teleologischen Auslegung lasse sich ein Grundsatz, wonach die Vorschrift über die Genehmigungsfiktion nur bei Vorliegen eines einzigen Genehmigungsantrags Anwendung finden solle, nicht herleiten. Sinn und Zweck der Vorschrift über die Genehmigungsfiktion sei eine Beschleunigung des Genehmigungsverfahrens. Es sei nicht erkennbar, dass dieses Interesse zurücktrete, wenn mehr als ein Genehmigungsantrag gestellt sei. Auch in solchen Fällen solle die Behörde möglichst schnell zu einer Entscheidung kommen, weil die beteiligten Unternehmen als Grundlage für ihre unternehmerischen Entscheidung zur Vorbereitung für die Durchführung der Verkehre Rechtssicherheit benötigten. Ein langes Genehmigungsverfahren solle gerade auch in den Fällen mit konkurrierenden Anträgen verhindert werden. Die Klägerin habe ihr Anfechtungsrecht gegen die Genehmigungsfiktion verwirkt.

Aber selbst wenn man die Anwendbarkeit der Genehmigungsfiktion verneine, sei die von der Klägerin beantragte Genehmigung, wie im angefochtenen Bescheid ausgeführt, zu Recht abgelehnt worden. Hierzu wiederholt und vertieft der Beklagte seinen erstinstanzlichen Vortrag. Insgesamt habe die Klägerin durch Verstoß gegen ihre Mitwirkungspflichten selbst die Ablehnung ihres Antrags herbeigeführt.

Die Beigeladenen zu 1) und zu 2) beantragen ebenfalls,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie teilen die Auffassung, dass die Genehmigungsfiktion des § 15 Abs. 1 Satz 5 PBefG hier eingetreten sei. Der Gesetzgeber hätte entweder von vornherein die Anwendung des § 15 Abs. 1 Satz 5 PBefG einschränken oder aber mittlerweile eine Ergänzung vornehmen können, wenn es seine Intention gewesen wäre, die Fiktionswirkung bei Betroffenheit von Rechten Dritter auszuschließen. Der Eintritt der Fiktionswirkung sei auch nicht dann ausgeschlossen, wenn neben einem gemeinwirtschaftlichen auch ein eigenwirtschaftlicher Antrag zur Entscheidung vorliege. Trotz Kenntnis der Vorrangregelung in § 8 Abs. 4 PBefG habe der Gesetzgeber keine entsprechende Einschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschrift über die Genehmigungsfiktion vorgenommen. Die Klägerin habe ihr Anfechtungsrecht verwirkt. Aber auch ohne Anwendung der Genehmigungsfiktion sei die Ablehnung der Genehmigung rechtmäßig. Die Klägerin habe trotz mehrfacher Aufforderung die angeforderten Informationen nicht zur Verfügung gestellt. Die Behörde sei aus dem Untersuchungsgrundsatz des § 24 VwVfG verpflichtet, ausreichend Informationen einzuholen, um beurteilen zu können, ob es sich bei einem eigenwirtschaftlich angebotenen Verkehr um ein realistisches Angebot handle oder ob das Angebot nur abgegeben werde, um die Genehmigung zu erhalten, der Verkehr aber nicht auskömmlich erbracht werden könne. Aufgrund der Erfahrungen in der Vergangenheit hätten konkrete Zweifel an der Auskömmlichkeit der Einnahmen bestanden und deshalb sei es geboten gewesen, von der Klägerin eine Darlegung ihrer voraussichtlichen Kosten zu verlangen. Da die Klägerin dies abgelehnt habe, dürfe der Entscheidung die Annahme zugrunde gelegt werden, dass der Verkehr nicht auskömmlich erbracht werden könne.

Die Beigeladene zu 3) stellt keinen eigenen Antrag. Sie schließt sich aber der Auffassung der Beigeladenen zu 1) und zu 2) an.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten (4 Bände), die beigezogene Gerichtsakte des Verwaltungsgerichts Kassel (2 G 2016/06) sowie den beigezogenen Verwaltungsvorgang des Beklagten (betreffend den Antrag der Klägerin vom 20. Februar 2006 - 2 Bände -) Bezug genommen, die zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden sind.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist zulässig, hat aber keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat im Ergebnis zu Recht die Klage abgewiesen. Die Klägerin kann weder (dazu I.) die Aufhebung der zugunsten der Beigeladenen zu 3) entstandenen fingierten Genehmigung verlangen (§ 113 Abs. 1 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO -) noch (dazu II.) war die Ablehnung der von ihr begehrten Genehmigung rechtswidrig (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO).

Die Klägerin kann geltend machen, durch eine zugunsten der Beigeladenen zu 3) entstandene fiktive Linienverkehrsgenehmigung in eigenen Rechten verletzt zu sein (§ 42 Abs. 2 VwGO), weil dies ihren eigenen Genehmigungsanspruch ausschließen könnte (§ 13 Abs. 2 Nr. 2a des Personenbeförderungsgesetzes in der hier anzuwendenden Fassung des Gesetzes vom 7. Juli 2005, BGBl. I, S. 1954 - PBefG - "Doppelbedienungsverbot").

Für einen Antrag auf Aufhebung einer ausdrücklichen Genehmigung vom 20. Juni 2006 zugunsten der Beigeladenen zu 3) würde der Klägerin dagegen die Klagebefugnis fehlen (§ 42 Abs. 2 VwGO). Entgegen ihrer - in der mündlichen Verhandlung des Berufungsverfahrens allerdings nicht mehr aufrecht erhaltenen Auffassung - enthält der Bescheid vom 20. Juni 2006 keine Erteilung einer Genehmigung zugunsten der Beigeladenen zu 3) für das streitbefangene Linienbündel. Insoweit folgt der Senat der zutreffenden Darlegung des Verwaltungsgerichts (§ 130b Satz 2 VwGO). Das gleiche gilt für die Zulässigkeit des Verpflichtungsantrags trotz fehlender Durchführung eines Vorverfahrens.

I.

Die Klägerin kann die Aufhebung der zugunsten der Beigeladenen zu 3) eingetretenen fingierten Genehmigung unabhängig von deren Rechtmäßigkeit deshalb nicht verlangen, weil sie durch diese Genehmigung nicht in ihren eigenen Rechten verletzt wird (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO, vgl. BVerwG, Urteil vom 6. April 2000 - 3 C 6.99 -, [...] Rn. 26).

Zugunsten der Beigeladenen zu 3) ist eine fingierte Genehmigung nach § 15 Abs. 1 Satz 5 PBefG für das streitbefangene Linienbündel entstanden (1.). Dem diesbezüglichen Aufhebungsantrag der Klägerin steht nicht die Bestandskraft dieser Genehmigung entgegen, weshalb die Einbeziehung ihrer Untätigkeitsklage in das Berufungsverfahren sachdienlich ist (2.). Die Klägerin kann aber die Aufhebung der fingierten Genehmigung nicht verlangen (3.).

1.

Nach § 15 Abs. 1 Satz 2 PBefG ist über Genehmigungsanträge innerhalb von drei Monaten nach Eingang bei der Genehmigungsbehörde zu entscheiden, wenn nicht die Bearbeitungsfrist um höchstens drei Monate verlängert worden ist (§ 15 Abs. 1 Sätze 3 und 4). Gemäß § 15 Abs. 1 Satz 5 PBefG gilt die Genehmigung als erteilt, wenn sie nicht innerhalb der Frist versagt wird.

Auf der Grundlage dieser Vorschriften ist für die Beigeladene zu 3) am 18. August 2006 eine fingierte Genehmigung entstanden. Sie hat am 17. Mai 2006 (Behördenakte Bl. 196) beim Beklagten einen vollständigen Genehmigungsantrag nach § 12 PBefG für einen gemeinwirtschaftlichen Verkehr (§ 13a PBefG) auf dem streitbefangenen Linienbündel für

den Zeitraum vom 10. Dezember 2006 bis zum 11. Dezember 2011 gestellt. Über diesen Antrag ist weder binnen drei Monaten entschieden noch ist die Bearbeitungsfrist verlängert worden.

Entgegen der Auffassung der Klägerin ist § 15 Abs. 1 Satz 5 PBefG hier nicht deshalb unanwendbar, weil mehrere konkurrierende Genehmigungsanträge vorgelegen haben. Auch ist die Anwendung der Vorschrift nicht deshalb ausgeschlossen, weil ein gegenüber den übrigen Genehmigungsanträgen vorrangiger eigenwirtschaftlicher Antrag vorlag. Bereits nach dem Wortlaut und der Einbettung der Regelung in die für alle Arten der personenbeförderungsrechtlichen Genehmigung geltende Vorschrift des § 15 PBefG tritt die Genehmigungsfiktion unabhängig davon ein, ob der Genehmigungsbehörde mehrere konkurrierende Genehmigungsanträge vorliegen und auch unabhängig davon, ob ein Genehmigungsantrag von mehreren grundsätzlich Vorrang gemäß § 8 Abs. 4 PBefG genießt (so auch Werner in: Barth u.a., Recht des öffentlichen Personennahverkehrs, Loseblattsammlung, Stand Dezember 2010, A 4 Rn. 80; Fielitz/Grätz, Personenbeförderungsgesetz, Kommentar, Stand: 61. Aktualisierung, Dezember 2010, § 15 PBefG Rn. 2). Insoweit teilt der Senat die Auffassung des Verwaltungsgerichts Kassel im angefochtenen Urteil und nicht die gegenteilige Auffassung des Verwaltungsgerichts Magdeburg aus dem Urteil vom 19. August 1996 (1 A 539/94, dort Urteilsabdruck S. 22 f.). Auch der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (Beschluss vom 24. Januar 2003 - 11 ZB 01.3188 - und Beschluss gemäß § 130a VwGO über die mit dem soeben genannten Aktenzeichen zugelassene Berufung vom 7. April 2004 - 11 ZB 01.3188 - [...]) geht - wengleich unausgesprochen - davon aus, dass eine fiktive Genehmigung gemäß § 15 Abs. 1 Satz 5 PBefG auch dann entstehen kann, wenn der Genehmigungsbehörde mehrere konkurrierende Anträge vorliegen.

Nach Auffassung des Senats spricht entscheidend die mit der Genehmigungsfiktion bezweckte Beschleunigung von Genehmigungsverfahren für dieses Gesetzesverständnis. Eine teleologische Reduktion des Norminhalts auf Fälle, in denen nur ein Genehmigungsantrag der Behörde vorliegt, ist demgegenüber nicht geboten. § 15 Abs. 1 Satz 5 PBefG ist durch das Gesetzespaket zur Neuordnung des Eisenbahnwesens (Eisenbahn-Neuordnungsgesetz) in das Personenbeförderungsgesetz eingefügt worden (s. Art. 6 Abs. 116 Nr. 7 des Gesetzentwurfes, BR-Drs. 873/93, S. 89 f.). Ursprünglich war mit dem Eisenbahn-Neuordnungsgesetz keine Änderung des Personenbeförderungsgesetzes beabsichtigt, auf Betreiben der Bundesländer wurden jedoch im Gesetzgebungsverfahren Folgerregelungen der Regionalisierung des Schienenpersonennahverkehrs für das personenbeförderungsrechtliche Genehmigungsverfahren in das Gesetzespaket aufgenommen (s. BT-Drs. 12/5014, S. 52). Die Änderung des § 15 PBefG und die Einfügung der fiktiven Genehmigung ist allerdings erstmals in der Beschlussempfehlung des Verkehrsausschusses und nicht schon im geänderten Gesetzesentwurf der Bundesregierung enthalten (BT-Drs. 12/6269, S. 109). Der knappen Begründung für die Einführung der Genehmigungsfiktion (a.a.O., S. 145) ist lediglich zu entnehmen, dass die Beschleunigung der Genehmigungsverfahren "insbesondere im internationalen Linienverkehr" intendiert war. Trotzdem enthält die eingefügte Norm keine Beschränkung auf Genehmigungen für internationale Linien oder Einschränkungen anderer Art, etwa eine Beschränkung auf Fälle, in denen keine Konkurrenz zwischen mehreren Genehmigungsanträgen besteht.

Unter diesen Umständen ist ein einschränkendes Verständnis der Norm nicht geboten. Denn der Beschleunigungszweck greift auch bei konkurrierenden Genehmigungen ein. Auch in diesen Fällen wird - wie der vorliegende Fall zeigt - durch den Eintritt einer Genehmigungsfiktion das Verwaltungsverfahren beschleunigt. Zu bedenken ist dann allerdings, dass bei einem gegebenenfalls mehrfachen Eintritt der Rechtsfolge des § 15 Abs. 1 Satz 5 PBefG in einem Genehmigungsverfahren alle entstandenen fingierten Genehmigungen bis auf eine gemäß § 48 des jeweils anzuwendenden Landesverwaltungsverfahrensgesetzes zurückgenommen werden können, weil sie wegen Verstoßes gegen § 13 Abs. 2 Nr. 2a PBefG ("Doppelbedienungsverbot") rechtswidrig sind.

Die Genehmigungsbehörde hat in diesem Verfahren zur Rücknahme fingierter Genehmigungen die Auswahlentscheidung nach § 13 bzw. § 13a PBefG nachzuholen, dann die nach dem Ergebnis dieser Auswahlentscheidung gebotene Genehmigung zu erteilen und gleichzeitig diejenigen anderen fingierten Genehmigungen zurückzunehmen, die nicht materiell rechtmäßig sind. Das behördliche Ermessen hinsichtlich der Frage der Rücknahme rechtswidriger Genehmigungen dürfte im Hinblick auf die Grundrechte der Genehmigungskonkurrenten (Art. 12 GG) und im Hinblick auf fehlendes Vertrauen in die Rechtsbeständigkeit fingierter rechtswidriger Genehmigungen regelmäßig auf Null reduziert sein. Diese Vorgehensweise steht der mit § 15 Abs. 1 Satz 5 PBefG intendierten Beschleunigung der Genehmigungsverfahren nicht entgegen, weil es sich im Wesentlichen um die gleichen "Arbeitsschritte" handelt, die auch ohne Eintritt einer fingierten Genehmigung zu einer Auswahlentscheidung und rechtmäßigen Genehmigungserteilung führen würden.

2.

Die fingierte Genehmigung ist gegenüber der Klägerin nicht in Bestandskraft erwachsen. Die Klägerin hat gegen die Begünstigung der Beigeladenen zu 3) durch die fingierte Genehmigung nach eigenen und von den übrigen Verfahrensbeteiligten nicht in Zweifel gezogenen Angaben mit Schriftsatz vom 1. August 2008, bei der Genehmigungsbehörde eingegangen am 4. August 2008, Widerspruch eingelegt (§ 55 PBefG). Über diesen Widerspruch ist bisher noch nicht entschieden worden und deshalb kann die Klägerin im Wege der Untätigkeitsklage (§ 75 VwGO) ihren Widerspruch in das bereits anhängige Klageverfahren einbeziehen. Es handelt sich insoweit um eine sachdienliche Klageänderung (§ 91 VwGO).

Rechtsmittelfristen sind gegenüber der Klägerin nicht in Gang gesetzt worden. Grundsätzlich gelten für den Rechtsschutz gegenüber fingierten Genehmigungen dieselben rechtlichen Vorschriften wie für ausdrücklich erteilte Genehmigungen (s. jetzt auch § 42a Abs. 1 Satz 2 des Hessischen Verwaltungsverfahrensgesetzes - HVwVfG - in der Fassung vom 15. Januar 2010, GVBl. I, S. 18). Das Entstehen einer fingierten personenbeförderungsrechtlichen Genehmigung ist den in ihren Rechten betroffenen Dritten in entsprechender Anwendung des § 15 Abs. 1 Satz 2 PBefG mitzuteilen (vgl. Werner in: Barth, a.a.O., A 4 Rn. 81), damit sie ihr rechtliches Verhalten darauf einstellen können. Entgegen dieser gesetzlichen Vorgabe ist eine solche Mitteilung im Fall der Klägerin nicht erfolgt. Dies hat zur Folge, dass die fingierte Genehmigung gegenüber ihr nicht wirksam geworden ist (§ 43 Abs. 1 HVwVfG in der hier anzuwendenden Fassung des Gesetzes vom 4. Dezember 1999, GVBl. I, S. 222). Rechtsmittelfristen, auch die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 Satz 1 VwGO, sind der Klägerin gegenüber deshalb nicht in Gang gesetzt worden (s. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Auflage, § 70 Rn. 6 g).

Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts hat die Klägerin ihr Widerspruchsrecht gegen die fingierte Genehmigung auch nicht verwirkt. Die Verwirkung eines Rechts wird als Anwendungsfall des Verbots widersprüchlichen Verhaltens angesehen. Ein Recht darf nicht mehr ausgeübt werden, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist und besondere Umstände hinzutreten, welche die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (BVerwG, Urteil vom 27. Juli 2005 - 8 C 15.04 -, [...] Rn. 25). Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn Dritte darauf vertrauen durften, dass ein Recht nicht mehr ausgeübt wird und sich infolgedessen in ihren Vorkehrungen und Maßnahmen so eingerichtet haben, dass ihnen durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstehen würde (BVerwG, a.a.O., m.w.N.).

Die Klägerin hätte hier zwar in Betracht ziehen können, dass auf der Grundlage der Rechtsauffassung von der Möglichkeit einer fiktiven Genehmigung auch bei konkurrierenden

Anträgen der Beklagte unter Verstoß gegen § 15 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz PBefG ihr die Mitteilung über den Eintritt der fiktiven Genehmigung nicht zustellt und deshalb vorsorglich Widerspruch einlegen können. Denn sie konnte aus dem angefochtenen Bescheid entnehmen, dass die Beigeladene zu 3) einen Genehmigungsantrag gestellt hat und dieser von der Beklagten auch als vollständig und genehmigungsreif angesehen wird.

Zur Überzeugung des Senats fehlt es aber jedenfalls am Hinzutreten von Umständen, welche die spätere Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen. Dem rechtlich relevanten Verhalten der Klägerin seit der Ablehnung ihres Genehmigungsantrags lag vielmehr durchgängig die zum Ausdruck gebrachte Auffassung zugrunde, der Beigeladenen zu 3) dürfe keine Genehmigung für das streitbefangene Linienbündel erteilt werden. Sie hatte schon mit der Klage verdeutlicht, dass sie die Aufhebung einer der Beigeladenen zu 3) erteilten Genehmigung erstrebe. Dieses Begehren hat sie im gesamten Verwaltungsstreitverfahren verfolgt; zunächst im Hinblick auf die vermeintlich schon bei Klageerhebung der Beigeladenen zu 3) ausdrücklich erteilte, später im Berufungsverfahren hinsichtlich der fiktiven Genehmigung. Die Klägerin hatte ferner im Dezember 2006 beim Verwaltungsgericht Kassel den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel beantragt, ihr eine einstweilige Erlaubnis gemäß § 20 PBefG für das streitbefangene Linienbündel zu erteilen. Dem dort geltend gemachten Anordnungsanspruch lag die Argumentation zugrunde, nicht die Beigeladene zu 3), sondern sie selbst habe einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung für das Linienbündel. Letztlich wurde die Klägerin durch die vom Beklagten gewählte Gestaltung des Verfahrens, nämlich die Ablehnung der Genehmigung gegenüber ihr nicht mit der Erteilung einer Genehmigung an die Beigeladene zu 3) zu verbinden, an einer unmittelbaren Anfechtung einer Genehmigung gehindert.

Auf Seiten der Beigeladenen zu 3) ist kein Vertrauen auf eine gesicherte Rechtsstellung als Genehmigungsinhaberin entstanden. Sie war sowohl im vorläufigen Rechtsschutzverfahren als auch am Hauptsacheverfahren seit Januar 2007 als Beigeladene beteiligt und hat gleichwohl erstmals mit Schriftsatz vom 7. Juli 2008 (Gerichtsakte Bl. 89) geltend gemacht, dass eine fingierte Genehmigung zu ihren Gunsten entstanden sei. Dies hatte die Klägerin dann unverzüglich zum Anlass genommen, Widerspruch gegen eine eventuell fingierte Genehmigung mit Schriftsatz vom 4. August 2008 zu erheben.

3. Die Klägerin wird durch die fiktive Genehmigung der Beigeladenen zu 3) nicht in eigenen Rechten verletzt, da sie selbst keinen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung für den Verkehr des streitbefangenen Linienbündels hat, wie im Folgenden auszuführen ist. Ihr Aufhebungsantrag kann deshalb keinen Erfolg haben.

II.

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung für den Betrieb des Linienbündels/..... mit eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen. Der Beklagte hat den Genehmigungsantrag der Klägerin zu Recht abgelehnt. Die Genehmigungsvoraussetzungen nach §§ 12, 13, 8 Abs. 4 PBefG lagen zum maßgeblichen Zeitpunkt (dazu 1.) nicht allesamt vor. Die Klägerin hat es versäumt, die Eigenwirtschaftlichkeit ihrer Verkehrsbedienung näher darzulegen (dazu 2.) und außerdem fehlten die von ihr geforderten Angaben über Zahl und Fassungsvermögen der einzusetzenden Busse (dazu 3.).

1.

Der maßgebliche Zeitpunkt ist hier der Zeitpunkt des Entstehens der fiktiven Genehmigung zugunsten der Beigeladenen zu 3) im August 2006. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 6. April 2000 - 3 C 6.99 -, [...], Urteil vom 29. Oktober

2009 - 3 C 2.09 -, [...] Rn. 16) ist bei einem Verpflichtungsantrag im Personenbeförderungsrecht, der mit der Anfechtung der einem Konkurrenten erteilten Genehmigung verbunden werden muss, für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage auf den Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung abzustellen. Denn eine einmal rechtmäßig erteilte Genehmigung kann nicht wieder entzogen werden, wenn während eines anschließenden Rechtsstreits auch ein anderer Bewerber die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt (BVerwG, a.a.O.). Außerdem würde eine andere Sicht die Investitionssicherheit des Genehmigungsinhabers in unvertretbarem Maß einschränken und einem zu Recht abgelehnten Bewerber einen Anreiz geben, durch den Einsatz von Rechtsmitteln die endgültige Entscheidung möglichst lange offen zu halten in der Hoffnung, irgendwann vielleicht doch die Genehmigungsvoraussetzungen erfüllen zu können (BVerwG, a.a.O.). Beides stünde im Widerspruch zum Sinn des Genehmigungsverfahrens und des vom Gesetz eingeräumten Drittschutzes.

Entsprechendes muss nach Auffassung des Senats gelten, wenn - wie hier - zugunsten eines Bewerbers eine fingierte Genehmigung nach § 15 Abs. 1 Satz 5 PBefG entstanden ist. Die gegebenenfalls dem Entstehen einer fingierten Genehmigung nachfolgende "Korrektur" durch behördliche Rücknahmeentscheidungen (s. dazu oben) hat sich dann am Zeitpunkt des Entstehens der fingierten Genehmigung auszurichten, weil nach dem Willen des Gesetzgebers die Genehmigungsbehörde ihre Auswahlentscheidung spätestens bis zu diesem Zeitpunkt hätte treffen sollen.

2.

Zum hiernach maßgeblichen Zeitpunkt im Jahr 2006 konnte die Klägerin keine Genehmigung nach § 13 PBefG für einen eigenwirtschaftlichen Verkehr auf den streitbefangenen Linien für sich beanspruchen. Der von ihr beantragte Verkehr genießt keinen Vorrang als eigenwirtschaftlicher Verkehr nach § 13 i.V.m. § 8 Abs. 4 PBefG. Zu Recht hat der Beklagte seine Ablehnung darauf gestützt, dass die Voraussetzungen für die Erbringung einer eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistung nicht festgestellt werden konnten.

Gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG sind Verkehrsleistungen im Personennahverkehr eigenwirtschaftlich zu erbringen. Hieraus ergibt sich im Zusammenspiel mit den Vorschriften über die Genehmigungserteilung in §§ 13, 13a PBefG der Vorrang eines eigenwirtschaftlich gestellten Genehmigungsantrags gegenüber gemeinwirtschaftlich zu erteilenden Genehmigungen nach § 13a PBefG (BVerwG, Urteil vom 29. Oktober 2009 - 3 C 2.09 -, [...] Rn. 15; Beschluss vom 6. April. 2000 - 3 C 7.99 -, [...]; Hess. VGH, Urteil vom 18. November 2008 - 2 UE 1476/07 - DVBl. 2009, 196). Nach der in § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG enthaltenen Legaldefinition sind eigenwirtschaftlich Verkehrsleistungen, deren Aufwand gedeckt wird durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne. Es ist also ein Vergleich anzustellen zwischen dem Aufwand, d.h. den für den Unternehmer bei der Leistungserbringung anfallenden Kosten einerseits und der Erlös- und Ertragsseite andererseits.

a.

Die Klägerin war verpflichtet, die Eigenwirtschaftlichkeit ihrer Verkehrserbringung näher darzulegen, weil die Genehmigungsbehörde substantiierte Anhaltspunkte dafür hatte, dass der vorgesehene Verkehr auf dem Linienbündel/..... nicht kostendeckend betrieben werden kann. Wenn der Genehmigungsbehörde konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein beantragter eigenwirtschaftlicher Verkehr auf einer Linie nicht kostendeckend betrieben werden kann, ist der Genehmigungsbewerber verpflichtet, die Deckung des Aufwands im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG substantiiert darzulegen (ähnlich VGH Mannheim, Urteil vom 31. März 2009 - 3 S 2456/06 -, [...] Rn. 73; VG München, Urteil vom

11. Februar 2010 - M 23 K 08.5960, [...]; dezidiert für eine behördliche Prüfungsbefugnis Werner in: Barth u.a., a.a.O., A 4 Rn. 65 und 107). Die Genehmigungsbehörde darf sich bei ihrer Bewertung dieser Darlegung allerdings nicht gebunden fühlen an eine etwaige Einschätzung von Aufgabenträgern, dass eine eigenwirtschaftliche Verkehrsbedienung nicht möglich sei, sondern muss eine eigene Beurteilung vornehmen (s. bereits Senatsurteil vom 18. November 2008 - 2 UE 1476/07 - a.a.O.).

Die gegenteilige Auffassung der Klägerin, bei der Beantragung eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs handele es sich um eine rein unternehmerische Entscheidung, die keiner Überprüfung durch die Genehmigungsbehörde etwa im Hinblick auf die Kalkulation unterliege, überzeugt nicht. In einer Konkurrenzsituation ist es nicht hinzunehmen, dass ein Genehmigungsbewerber sich den Vorrang durch die bloße unüberprüfbare Behauptung verschafft, der beantragte Verkehr sei eigenwirtschaftlich. Es muss verhindert werden können, dass ein eigenwirtschaftlicher Antrag missbräuchlich allein zur Verschaffung des rechtlichen Vorrangs nach § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG gestellt wird. Wenn durch die Norm des § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG einem eigenwirtschaftlichen Antrag ein rechtlicher Vorrang gegenüber gemeinwirtschaftlich zu erbringenden Verkehrsleistungen eingeräumt wird, muss es möglich sein zu überprüfen, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Vorranggewährung gegeben sind.

Die Klägerin beruft sich zur Stützung ihrer Auffassung auf Entscheidungen des Niedersächsischen Obergerichts und des Verwaltungsgerichts Braunschweig. Nach Auffassung des Niedersächsischen Obergerichts ist es grundsätzlich nicht Aufgabe der Genehmigungsbehörde zu prüfen, ob der Wille des Unternehmers, einen Verkehr eigenwirtschaftlich zu erbringen, auf fundierten betriebswirtschaftlichen Überlegungen beruht (Niedersächsisches OVG, Urteil vom 16. September 2004 - 7 LB 3545/01 -, [...] Rn. 44). Das PBefG fordere nicht, dass der Genehmigungsantrag Angaben dazu enthalten muss. Es könne offen bleiben, ob dies auch gilt, wenn offensichtlich ist, dass das Merkmal der Eigenwirtschaftlichkeit nicht erfüllt werden könne (a.a.O.). Das Verwaltungsgericht Braunschweig (Beschluss vom 14. September 2009 - 6 B 174/09 -, S. 8) entnimmt dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Oktober 2006 (- 3 C 33.05 -, BVerwGE 127, 42 [BVerwG 19.10.2006 - BVerwG 3 C 33.05]) die Aussage, im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens für einen eigenwirtschaftlichen Verkehr nach § 13 i. V. m § 8 Abs. 4 PBefG sei nicht zu prüfen, ob die angebotene Verkehrsleistung tatsächlich eigenwirtschaftlich erbracht werden kann.

Diese Auffassung lässt sich nicht aus der in Bezug genommenen Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ableiten. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung zu einer Anfechtungsklage eines unterlegenen Linienbewerbers zu prüfen gehabt, ob die dem Konkurrenten erteilte Genehmigung zu Recht als eigenwirtschaftliche erteilt werden konnte. In diesem Zusammenhang war die Frage aufgeworfen und zu beantworten, ob Zuschüsse eines Landkreises die Eigenwirtschaftlichkeit aufheben konnten. Dazu hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt (a.a.O., [...] Rn. 37 ff), das Prüfprogramm des § 13 PBefG sehe keine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der vom Unternehmer in seine Kalkulation aufgenommenen Erträge vor (a.a.O., [...] Rn. 40). Diese Aussage bezieht sich jedoch auf die Rechtmäßigkeit von Beihilfen des EU-Rechts, d.h. auf die Rechtmäßigkeit von gewährten Zuschüssen und betrifft nicht die Frage, ob das Merkmal der Eigenwirtschaftlichkeit zu überprüfen ist. Selbst wenn die Aussage des Bundesverwaltungsgerichts allgemeiner dahin verstanden würde, die Rechtmäßigkeit der vom Unternehmer in seine Kalkulation aufgenommenen Erträge sei nicht zu prüfen, beschränkte sich die Aussage auf die Frage der Rechtmäßigkeit von Erträgen und besagte nichts dazu, ob das Merkmal der Eigenwirtschaftlichkeit als tatbestandliche Voraussetzung für den Vorrang eines Genehmigungsantrags zu überprüfen ist.

Gegen die Sichtweise der Klägerin und der niedersächsischen Gerichte sprechen weiter die in §§ 54, 54a, § 21 PBefG vorhandenen Regelungen. Das Personenbeförderungsrecht ist

Gewerbeordnungsrecht und der Genehmigungsbehörde werden Instrumentarien in die Hand gegeben, den Unternehmer hinsichtlich der Erfüllung der Vorschriften des PBefG zu überwachen (§ 54 Abs. 1 Satz 1). Insbesondere darf die Genehmigungsbehörde zur Durchführung der Aufsicht Einblick in die Bücher und Geschäftspapiere zu nehmen (§ 54a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1) und vom Unternehmer Auskunft verlangen (§ 54a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2). Der Unternehmer ist weiterhin aufgrund einer ihm erteilten Genehmigung verpflichtet, den genehmigten Betrieb aufzunehmen und während der Genehmigungsdauer aufrechtzuerhalten (§ 21 Abs. 1). Auch das hat die Genehmigungsbehörde gemäß § 54 Abs. 1 PBefG zu überwachen und dies spricht für die Befugnis, bereits im Vorfeld bei der Prüfung des Genehmigungsantrags in den Blick zu nehmen, ob ein beantragter Verkehr unter den jeweils gegebenen Umständen realistisch während der Genehmigungsdauer durchgehalten werden kann oder ob mit einem Antrag auf Entbindung von der Betriebspflicht gemäß § 21 Abs. 4 PBefG wegen wirtschaftlicher Unzumutbarkeit gerechnet werden muss. Jedenfalls wenn insoweit Anhaltspunkte dafür bestehen, darf die Genehmigungsbehörde vor Genehmigungserteilung vom Unternehmer eine nähere Darlegung seiner betriebswirtschaftlichen Überlegungen verlangen (vgl. VGH Baden-Württemberg, a.a.O.). Dieser Sichtweise steht nicht von vornherein der Umstand entgegen, dass nach der Systematik des Personenbeförderungsgesetzes die Aufsichtsbefugnisse gemäß §§ 54 f. PBefG erst nach Genehmigungserteilung einsetzen. Es kann nicht angenommen werden, dass die Genehmigungsbehörde "sehenden Auges" eine Genehmigung erteilen muss, wenn ihrer nicht zu beanstandenden Einschätzung nach eine zuverlässige Betriebsführung während des gesamten Genehmigungszeitraums von vornherein zweifelhaft ist.

Eine derartige rechtlich aus der behördlichen Sachaufklärungspflicht (§ 24 HVwVfG) abzuleitende Befugnis, vom Unternehmer eine nähere Darlegung der Aufwandsdeckung zu verlangen, bedeutet nicht gleichsam automatisch, dass ein defizitär erscheinender Verkehr nicht als eigenwirtschaftlicher Verkehr nach § 13 PBefG genehmigungsfähig ist. Vielmehr kann auch in solchen Fällen ein Genehmigungsanspruch bestehen, wenn sich der Darlegung des Unternehmers entnehmen lässt, wie er sich die Entwicklung der Ertragsituation unter Berücksichtigung einer späteren Betriebspflicht nach § 21 PBefG vorstellt. Es kommt in diesem Zusammenhang darauf an, ob sich bei Beachtung der grundsätzlich unternehmerischen Entscheidung, einen eigenwirtschaftlichen Genehmigungsantrag zu stellen (vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 19), hinreichend zuverlässig prognostizieren lässt, dass über die gesamte Dauer des Genehmigungszeitraums eine "ausreichende Verkehrsbedienung" im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 3 PBefG gewährleistet ist. Dies kann etwa auch dann der Fall sein, wenn der Unternehmer nachvollziehbar darlegt, wirtschaftlich in der Lage zu sein, eine Linie über eine begrenzte Zeit mit Kostenunterdeckung zu betreiben, um sich beispielsweise erstmals Marktzutritt zu verschaffen (vgl. VG Freiburg, Urteil vom 18. Dezember 2002 - 1 K 2400/99 -, [...] Rn. 41).

Der Genehmigungsbehörde kommt die Kompetenz zu, im Rahmen der Prüfung der Genehmigungsanträge gemäß §§ 13, 8 Abs. 4 Satz 1 und 3 PBefG festzustellen, ob eine ausreichende Verkehrsbedienung durch die beantragte Erbringung eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen möglich ist (so bereits Hess. VGH, Urteil vom 18. November 2008 - 2 UE 1476/07 -, a.a.O.; VG Karlsruhe, Urteil vom 5. September 2006 - 5 K 1367/05 -, Rn. 54 und 65). Bei der Frage, ob eine ausreichende Verkehrsbedienung im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 1 und 3 bzw. gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 2a PBefG vorliegt, besteht ein Beurteilungsspielraum der Genehmigungsbehörde (Hess. VGH, Urteil vom 18. November 2008 - 2 UE 2748/07 -, u.a. S. 22). Dieser Beurteilungsspielraum ist eigenständig von der Genehmigungsbehörde auch unter Berücksichtigung von Vorgaben ordnungsgemäß zustande gekommener und für den räumlichen Geltungsbereich der Genehmigung anzuwendender Nahverkehrspläne auszufüllen (§ 8 Abs. 3 Satz 2 PBefG, s. a. Hess. VGH, Urteil vom 18. November 2008 - 2 UE 1476/07 -, a.a.O.). Gemäß § 13 Abs. 2a PBefG kann nämlich die Genehmigung nach Ermessen versagt werden, wenn der beantragte Verkehr mit einem einschlägigen Nahverkehrsplan nicht in Einklang steht. Dagegen sind als Maßstab für die behördliche

Prüfung nicht eventuelle Ausschreibungsbedingungen von Aufgabenträgern, die über die Vorgaben der Nahverkehrspläne hinausgehen, heranzuziehen (Hess. VGH, Urteil vom 18. November 2008 - 2 UE 1476/07 -, a.a.O.).

Entgegen der Auffassung der Klägerin führt die oben genannte Darlegungspflicht bei Zweifeln an der Eigenwirtschaftlichkeit auch nicht dazu, dass dann Konkurrenten im Rahmen von Akteneinsicht Einblick in die betriebsinterne Kalkulation und damit in Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse erhalten müssten. Die geforderte soeben umschriebene Darlegungspflicht geht nicht soweit, in jedem Fall die gesamte betriebsinterne Kalkulation offenzulegen, sondern beschränkt sich auf für die behördliche Prüfung relevante Unterlagen. Soweit diese bereits Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten, können sie gemäß §§ 29 Abs. 2, 30 HVwVfG von der Akteneinsicht durch Konkurrenten ausgenommen werden (s. Werner in: Barth u.a., a.a.O., Rn. 71 - 73).

b.

Nach Maßgabe dieser Grundsätze hat der Beklagte hier die Merkmale einer eigenwirtschaftlichen und ausreichenden Verkehrsbedienung zu Recht eigenständig einer Prüfung unterzogen und von der Klägerin eine Darlegung zur Aufwandsdeckung im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG verlangt. Der Genehmigungsbehörde standen zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung von den zuständigen Aufgabenträgern herrührende Informationen zur Verfügung, wonach die Linien des streitgegenständlichen Linienbündels in der Vergangenheit nicht eigenwirtschaftlich betrieben werden konnten. Nach Maßgabe der oben dargestellten Grundsätze bestehen keine rechtlichen Bedenken dagegen, dass die Genehmigungsbehörde derartige Informationen vom Aufgabenträger anfragt und dann - wie hier - eigenständig beurteilt. Vom Aufgabenträger, dem Beigeladenen zu 1), wurden im vorliegenden Fall betriebswirtschaftliche Kennziffern zum Erlös der Linien angegeben, die von den Angaben der Klägerin zum Erlös abwichen. Der Ertragswert des Linienbündels beträgt nach Angaben der Aufgabenträger ohne Berücksichtigung des Umleitungsverkehrs 1,28 EUR pro Leistungskilometer (s. Schreiben der Genehmigungsbehörde an die Klägerin vom 7. April 2006, Behördenakte Bl. 100 ff). Es sind nach unwidersprochener Angabe des Aufgabenträgers mindestens 12 Busse für das Linienbündel einzusetzen. Dazu kommt - was von der Klägerin ebenfalls nicht in Abrede gestellt wurde - die Notwendigkeit zum Einsatz von weiteren vier Bussen mit zusätzlichen Leistungskilometern im Hinblick auf eine Dauerbaustelle während des Genehmigungszeitraums (a.a.O.). Nach überschlägigen Rechnungen verringert dies den Ertragswert auf 1,03 EUR (s. Behördenakte Bl. 92). Die angenommenen Zusatzkosten betragen rund 104.000,00 EUR pro Jahr (a.a.O.). Demgegenüber geht die Erlösrechnung der Klägerin von einem Erlös von rund 1,53 EUR pro Nutzwagenkilometer aus (Schreiben der Klägerin vom 24. März 2006, Behördenakte Bl. 96). Dabei ist ein Umleitungsverkehr offenbar nicht berücksichtigt.

Der Genehmigungsantrag der Klägerin wurde zu Recht abgelehnt, weil es die Klägerin entgegen der ihr nach den obigen Ausführungen hier zukommenden Darlegungspflicht abgelehnt hat, Angaben zu den ihr für die Leistungserbringung entstehenden Kosten zu machen. Hierdurch hat die Klägerin ihre Mitwirkungspflicht bei der Feststellung aus ihrer Sphäre stammender und für die Genehmigungserteilung relevanter Umstände verletzt (§ 26 Abs. 2 HVwVfG, s. Werner in: Barth u.a., a.a.O., Rn. 63).

Für den hier gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG anzustellenden Vergleich zwischen dem Aufwand, d.h. den für die Klägerin anfallenden Kosten einerseits und ihrer Erlösseite andererseits (s. oben), stand die Erlösseite weitgehend fest (s. etwa Schreiben der Klägerin vom 24. März 2006, Behördenakte Bl. 96), während die Klägerin es konsequent abgelehnt hat, überhaupt Angaben zu den ihr entstehenden Kosten zu machen. Dies ergibt sich aus dem in den Akten nachvollziehbaren Verfahrensgang. Mit Schreiben vom 24. März 2006 (Behördenakte Bl. 100) sowie erneut mit Schreiben vom 19. April 2006 (Behördenakte Bl.

115) hatte die Genehmigungsbehörde von der Klägerin eine Darlegung verlangt, wie der beantragte Verkehr unter Berücksichtigung vor allem des zusätzlich Aufwandes durch den Umleitungsverkehr eigenwirtschaftlich betrieben werden kann. Besonders bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, dass der Beklagte ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, im Genehmigungszeitraum werde sich für längere Zeit wegen einer langfristigen Straßensperrung und sich hieraus ergebender Notwendigkeit einer aufwändigen Umleitung für den Linienverkehr ein Mehrbedarf von vier Bussen und zusätzlichen Leistungskilometern für das ausgeschriebene Linienbündel ergeben. Auf die ausdrückliche Aufforderung, diesen Umstand zu berücksichtigen (Schreiben der Genehmigungsbehörde vom 7. April 2006, Behördenakte Bl. 101), ist die Klägerin nicht eingegangen (Schreiben vom 19. April 2006, Behördenakte Bl. 108 ff.), sondern hat eine solche Darlegung ausdrücklich abgelehnt (Schreiben vom 19. April 2006, a.a.O. und erneut vom 2. Mai 2006, Behördenakte Bl. 123).

Eine Darlegung hierzu hätte noch nicht die Preisgabe von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen verlangt. An der Darlegung solcher für die Kostenseite relevanter Umstände bestand hingegen ein berechtigtes Interesse der Genehmigungsbehörde. Sie hatte etwa zu beurteilen, ob derartige Umstände der ausreichenden Verkehrsbedienung im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 3 PBefG entgegenstehen, weil z.B. die Übergangszeiten von einer auf eine andere Linie zu kurz sind oder ob hier der zusätzlich erforderliche Einsatz von vier Bussen für den Umleitungsverkehr, der einen wesentlichen Umstand darstellt, beim als eigenwirtschaftlich deklarierten Genehmigungsantrag berücksichtigt ist.

Die Zweifel an der Aufwandsdeckung werden auch nicht deshalb ausgeräumt, weil der Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG in einem Punkt anders zu verstehen ist, als es dem Verständnis des Beklagten zum Zeitpunkt des Ergehens des angefochtenen Bescheides entsprach. Der Beklagte ging damals davon aus, dass Ausgleichsleistungen nach § 45a PBefG und nach § 148 des Sozialgesetzbuches IX - SGB IX - nicht zu den Erträgen im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG zählen (s. Schreiben vom 7. April 2006, Behördenakte Bl. 100, s. auch Schreiben der Klägerin vom 27. Februar 2006, Behördenakte Bl. 87).

Diese Auffassung widerspricht aber der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Oktober 2006 (- 3 C 33.05 -, [...]). Nach dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung heben Zuschüsse nach § 45a PBefG und nach § 148 SGB IX die Eigenwirtschaftlichkeit eines Verkehrs nicht auf. Dementsprechend hatte die Klägerin im Eilverfahren betreffend die Erteilung einer einstweiligen Erlaubnis für das streitbefangene Linienbündel (Az. VG Kassel 2 G 2016/06) vorgetragen, nach inzwischen erfolgter obergerichtlicher Klärung sei zugrunde zu legen, dass Ausgleichsleistungen gemäß § 45a PBefG und nach § 148 SGB IX die Eigenwirtschaftlichkeit eines Verkehrs nicht tangierten. Dies sei von der Genehmigungsbehörde im Genehmigungsverfahren noch anders gesehen worden und deshalb sei ihr zu berücksichtigender Erlös aus den Verkehren des Linienbündels um rund 291.000 EUR zu erhöhen (Schriftsatz vom 7. Dezember 2006, S. 2). Dies stelle die geforderte Eigenwirtschaftlichkeit zumindest jetzt sicher.

Diesem Vortrag kann aber deshalb nicht gefolgt werden, weil Ausgleichsansprüche der Klägerin tatsächlich nur in geringerer Höhe bestehen und das nicht genügt, um die vom Aufgabenträger nachvollziehbar ermittelte und vom Beklagten deshalb zu Recht übernommene "Auskömmlichkeitsschwelle" für das Jahr 2006 zu erreichen.

Nach der überzeugenden Darlegung des Beklagten beträgt der Ausgleichsanspruch der Klägerin nach § 45a PBefG für das Jahr 2006 hinsichtlich der streitbefangenen Linien lediglich 65.881,00 EUR. Diese Berechnung entspricht den normativen Vorgaben. Die Behauptung der Klägerin, der Beklagte könne den ihr zustehenden Ausgleichsanspruch nach § 45a PBefG nicht errechnen (Schriftsatz vom 15. Februar 2011), geht fehl.

Die Berechnung des Beklagten (Anlage zum Schriftsatz vom 4. Februar 2011, Gerichtsakte Bl. IV/519) legt insgesamt 800.952 Beförderungsfälle zugrunde, die sich aus der Anzahl von 1.451 Abo-Karten, einer angenommenen Zahl von 240 Gültigkeitstagen dieser Abo-Karten und einem "Ausnutzungsfaktor" von 2,3 Fahrten je Gültigkeitstag ergibt. Diese Annahmen entsprechen den gesetzlichen Vorgaben gemäß der zur Ausführung des § 45a PBefG ergangenen "Verordnung über den Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Leistungen im Straßenpersonenverkehr (vom 2. August 1977 - BGBl. I, S. 1460 - in der Fassung der Verordnung vom 23. März 2005 - BGBl. I, S. 931 -, PBefAusgIV -). Nach § 3 Abs. 2 dieser Verordnung ist die Zahl der Beförderungsfälle nach der Zahl der verkauften Zeitfahrkarten im Ausbildungsverkehr zu errechnen und für die Ausnutzung der Zeitfahrausweise sind hierbei 2,3 Fahrten je Gültigkeitstag zugrunde zu legen. Das Jahr ist mit höchstens 240 Gültigkeitstagen anzusetzen (§ 3 Abs. 2 Satz 3 PBefAusgIV). Nach § 3 Abs. 1 der Verordnung werden die Zahl der Personenkilometer durch Multiplikation der Beförderungsfälle mit der mittleren Reiseweite ermittelt und die mittlere Reiseweite beträgt gemäß § 3 Abs. 4 Satz 1 der Verordnung acht Kilometer, wenn überwiegend Überlandlinienverkehr - wie hier - betrieben wird. Unter Anwendung dieser Vorschriften hat der Beklagte die Zahl der Beförderungsfälle mit der mittleren Reiseweite von acht Kilometern multipliziert und hieraus ergab sich die Zahl von 6.407.616 Personenkilometern.

Nach § 45a Abs. 2 Satz 1 PBefG werden als Ausgleich gewährt 50% des Unterschiedsbetrages zwischen dem Ertrag aus der Beförderung von Personen mit Zeitfahrausweisen des Ausbildungsverkehrs und dem Produkt aus den in diesem Verkehr geleisteten Personenkilometern und den durchschnittlichen verkehrsspezifischen Kosten. Für die Ermittlung der durchschnittlichen verkehrsspezifischen Kosten wird in § 45a Abs. 2 Satz 2 PBefG auf Kostensätze je Personenkilometern verwiesen, die von den Ländern durch Rechtsverordnung nach Durchschnittswerten einzelner repräsentativer Unternehmen, die sparsam wirtschaften und leistungsfähig sind, pauschal festzulegen sind. Dieser Kostensatz ist für Hessen durch die - im Jahre 2006 unverändert geltende - 6. Verordnung über die durchschnittlichen verkehrsspezifischen Kosten je Personenkilometer nach § 45a Abs. 2 Satz 2 PBefG vom 14. September 1994 (GVBl. I, S. 431) auf 19,8 Pfennig je Personenkilometer bei Unternehmen mit überwiegendem Überlandlinienverkehr mit Bussen - wie hier - festgelegt worden. Der Beklagte hat hiernach die Zahl von 6.407.616 Personenkilometern multipliziert mit dem Kostensatz von 0,198 DM pro Personenkilometer und erhielt so die Summe von 1.268.708,00 DM, umgerechnet also 648.680,00 EUR. Die Differenz zum zu erzielenden Ertrag aus der Beförderung von Personen mit Zeitfahrausweisen des Ausbildungsverkehrs in Höhe von 516.918,75 EUR (nach Angaben der Klägerin, vgl. Schreiben vom 24. März 2006, Verwaltungsvorgang Bl. 96) ergibt somit einen Kostenunterdeckungsbetrag in Höhe von 131.761,25 EUR. Der Ausgleichsbetrag nach § 45a Abs. 2 PBefG beträgt hiervon 50%, also 65.881,00 EUR. Die nach § 45a Abs. 2 Satz 3 PBefG (in der Fassung des Haushaltsbegleitgesetzes 2004 vom 29. Dezember 2003 - BGBl. I, S. 3076, 3091) vorzunehmende prozentuale Kürzung des Ausgleichsbetrags ist nicht zu berücksichtigen, weil diese vom Vermittlungsausschuss des Deutschen Bundestages noch in den Gesetzentwurf eingefügte Normierung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 8. Dezember 2009 (2 BvR 758/07, Entscheidungsformel in BGBl. I 2010, S. 68) formell verfassungswidrig ist.

Die gegen die Ermittlung des Ausgleichsbetrags gerichtete Kritik der Klägerin geht fehl. Die Klägerin meint, der Beklagte könne nicht errechnen, in welcher Höhe ihr ein Anspruch nach § 45a PBefG zustehe, allein sie könne wissen, welche "§ 45a-Mittel" sie einkalkulieren könne, weil die Höhe der Mittel über eine differenzierte Formel berechnet werde, von der ein maßgeblicher Faktor die sog. "mittlere Reiseweite" sei, die unternehmensspezifisch und nicht linienspezifisch ermittelt werde.

Das trifft nicht zu. Der Genehmigungsbehörde ist in § 45a Abs. 4 PBefG die Aufgabe zugewiesen, über den Ausgleich zu entscheiden. Die hierfür maßgeblichen Vorgaben enthalten die §§ 45a Abs. 1 und 2 PBefG sowie die benannten Rechtsverordnungen. Auf der

Grundlage dieser Vorgaben kann und muss die Behörde - wie oben dargestellt - ihre Aufgabe wahrnehmen und den Ausgleich berechnen. Das den Ausgleich begehrende Unternehmen hat hierzu gemäß § 45a Abs. 1 PBefG einen Antrag zu stellen. Von den normativ pauschal vorgegebenen Berechnungsgrundlagen u.a. zur mittleren Reiseweite kann gemäß § 3 Abs. 5 PBefAusglV abgewichen werden, wenn nachgewiesen wird, dass im konkreten Fall eine Abweichung von den Durchschnittswerten von mehr als 25% vorliegt. Einen solchen Nachweis hat die Klägerin nicht im Ansatz erbracht. Die von der Klägerin in Bezug genommene Kommentierung (Bidinger, PBefG, PBefAusglV, Einführung Ziffer 1.4) setzt für die Anwendung der dort genannten "Formel" demgegenüber voraus, dass eine Abweichung von den normativ festgelegten Durchschnittswerten nachgewiesen wird. Der Ausgleich kann von der Behörde auch auf das Linienbündel bezogen ermittelt werden, weil die Zahl der Abo-Karten auf das Linienbündel bezogen feststeht und sich hieraus unter Verwendung der genannten normativen Durchschnittswerte die Zahl der Personenkilometer ermitteln lässt (s. Berechnung des Beklagten, Anlage zum Schriftsatz vom 4. Februar 2011, a.a.O.).

Für den Ausgleichsanspruch nach § 148 SGB IX für das Jahr 2006 legt der Senat dagegen den von der Klägerin angegebenen Betrag von 18.391,00 EUR zugrunde, weil der Beklagte hierzu trotz der gerichtlichen Aufforderung zur Überprüfung der Angaben der Klägerin nichts vorgetragen hat.

Insgesamt ergibt sich hieraus auf der Grundlage der Angaben der Klägerin im Genehmigungsverfahren zu ihren Erlösen (Schreiben vom 24. März 2006, Bl. 97 Behördenakten) einschließlich der Berücksichtigung von Erlösen aus Ausgleichsansprüchen nach § 45a PBefG und nach § 148 SGB IX für das Jahr 2006 folgende Berechnung der Einnahmenseite: Zu den Fahrkartenerlösen in Höhe von rund 685.345,00 EUR können die von der Klägerin angegebenen weiteren Erlöse aus Omnibuswerbung, "Anschlussfahrten Schule", "Sport- und Badefahrten" sowie "SEV/Zwischenzeiten" in Höhe von zusammen 81.500,00 EUR (s. Schreiben vom 24. März 2006, Behördenakte Bl. 96) hinzugerechnet werden, weil die Erzielung dieser zusätzlichen Erlöse nachvollziehbar erscheint und vom Beklagten nicht substantiiert in Abrede gestellt wird. Dazu kommen dann noch die Erlöse aus den Ausgleichsansprüchen in Höhe von 65.881,00 EUR sowie 18.391,00 EUR. Dies ergibt für das Jahr 2006 einen Gesamterlös in Höhe von rund 913.516,00 EUR. Geteilt durch die Fahrleistung (einschließlich Umleitungsverkehr) in Höhe von 554.592 km (siehe Behördenakte Bl. 92) ergibt sich ein Erlös von rund 1,64 EUR pro Linienkilometer.

Dies erreicht nicht die vom Aufgabenträger angegebene "Auskömmlichkeitsschwelle" von 1,72 EUR pro Linienkilometer (s. e-mail vom 24. April 2006, Behördenakte Bl. 112). Die vom Aufgabenträger der Genehmigungsbehörde benannte Schwelle kann hier zugrunde gelegt werden, weil sie nachvollziehbar ermittelt und nicht durch eine gegenläufige Argumentation für den hiesigen Fall erschüttert worden ist. Es handelt sich um den nach Nutzwagenkilometern gewichteten Durchschnitt der Angebote der Bieter, die in den Vorjahren im Wettbewerb regionale Busverkehrsleistungen gewonnen haben (siehe Schriftsatz der Beigeladenen zu 1. vom 11. Februar 2011, S. 2, Gerichtsakte IV/S. 515). Dieser Durchschnittswert kann als repräsentativ angesehen werden, da er sich auf ein hinreichend großes Volumen von rund 7,7 Mio. Nutzwagenkilometern stützt (siehe Schriftsatz der Beigeladenen zu 1), a.a.O.). Eine Absicherung in der Richtung, dass damit nicht eine überhöhte Auskömmlichkeitsschwelle zugrunde gelegt wird, ergibt sich aus dem Umstand, dass in die Berechnung nur die ursprünglichen Angebotspreise der Ausschreibungsgewinner eingestellt und voraussichtliche Preissteigerungen auch bis zum Ende der Laufzeit nicht berücksichtigt sind (siehe Schriftsatz der Beigeladenen zu 1), a.a.O.).

Der hiergegen gerichtete Einwand der Klägerin (Schriftsatz vom 14. März 2011, Gerichtsakte IV/S. 578), der Durchschnittspreis treffe keinerlei Aussage dazu, dass einzelne Verkehre weit auskömmlicher sein könnten, überzeugt jedenfalls in dieser allgemeinen Form nicht. Die

Klägerin bleibt auch hier jede Darlegung schuldig, dass gerade der Verkehr, den sie betreiben will, aufwandsdeckend ist.

3.

Der Klägerin kann - unabhängig von dem bisher Gesagten - aus einem weiteren Grund die begehrte Genehmigung nicht erteilt werden. Die von ihr gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 3c PBefG geforderten Angaben über die Zahl und das Fassungsvermögen (Sitz- und Stehplätze) der zu verwendenden Fahrzeuge fehlten im maßgeblichen Zeitpunkt. Nach § 12 Abs. 1 PBefG Einleitungssatz "soll" der Genehmigungsantrag die im Einzelnen aufgezählten Angaben enthalten. Hiernach ist die Benennung der Zahl und des Fassungsvermögens der zu verwendenden Fahrzeuge im Regelfall vorgeschrieben, sofern sich nicht aus der Natur des beantragten Verkehrs ergibt, dass einzelne Angaben hierfür nicht erforderlich sind (siehe Fielitz/Grätz, a.a.O., § 12 PBefG Rn. 2 auf S. 3). Im vorliegenden Fall ist gerade die Angabe der Zahl der einzusetzenden Fahrzeuge für die Prüfung des Genehmigungsantrags bedeutsam, da - wie bereits ausgeführt - festgestellt werden muss, ob insbesondere der hier geforderte Umleitungsverkehr mit den angegebenen Fahrzeugen abgewickelt werden kann. Im Übrigen ist auch im hiesigen Fall - wie regelmäßig - das Fassungsvermögen (Zahl der Sitz- und Stehplätze) der einzusetzenden Busse von Bedeutung.

Der ursprünglich eingereichte Genehmigungsantrag der Klägerin enthielt zwar eine Fahrzeugliste (Bl. 53 Behördenakte), die neben den im Betrieb A-Stadt vorhandenen Fahrzeugen auch die im Betrieb München stationierten Busse auflistete (Behördenakte Bl. 54). Diese Aufstellung war aber bereits deshalb formal unzureichend, weil sie die Sitz- und Stehplatzzahl (§ 12 Abs. 1 Nr. 3c PBefG) der benannten Busse nicht aufführt.

Darüber hinaus hat der Beklagte die Klägerin darauf hingewiesen, dass die Zahl der im Betrieb A-Stadt vorhandenen Busse (9 Fahrzeuge) nicht zur Verkehrsabwicklung auf dem Linienbündel genüge. Bereits für den Regelverkehr seien mindestens 12 Busse erforderlich und wegen des im Genehmigungszeitraum erforderlich werdenden Umleitungsverkehrs würden noch vier weitere Busse benötigt (Schreiben vom 7. April 2006, Behördenakte Bl. 100 f.). Hierauf ist die Klägerin nicht eingegangen, sondern hat es bei der Versicherung belassen, dass die eingesetzten Busse dem geforderten Standard des Nahverkehrsplans des RMV genügten. Die eingereichte Fahrzeugliste enthalte die zum damaligen Zeitpunkt im Betrieb A-Stadt vorhandenen Fahrzeuge, in anderen Niederlassungen der Klägerin seien weitere entsprechende Fahrzeuge vorhanden (Schreiben vom 19. April 2006, Behördenakte Bl. 108 ff.). Es fehlt aber eine Erläuterung der Klägerin dazu, wie viele der im Betrieb München vorhandene Busse zusätzlich zu den in A-Stadt vorhandenen auf dem beantragten Linienbündel eingesetzt werden sollen.

Im Schreiben vom 24. April 2006 (Behördenakte Bl. 115 f.) hat der Beklagte deshalb unter Fristsetzung die Klägerin zur Vorlage einer Aufstellung mit Angaben über die Anzahl und Art der Busse, die für den beantragten Verkehr eingesetzt werden sollen, aufgefordert. Es sei außerdem ratsam, zu dem ausgeschriebenen Fahrplan den jeweiligen Bus anzugeben. Dieser Aufforderung hat die Klägerin nicht entsprochen, sondern mit Schreiben vom 2. Mai 2006 (Behördenakte Bl. 123) sich auf den Hinweis beschränkt, dass die für den beantragten Verkehr notwendige Zahl und Art der eingesetzten Fahrzeuge dem jeweiligen Nahverkehrsplan voll umfänglich entspreche.

Hiernach hat die Klägerin den Anforderungen aus § 12 Abs. 1 Nr. 3c PBefG nicht entsprochen. Es trifft zwar zu, dass von ihr kein Nachweis über bereits beschaffte Busse gefordert werden durfte. Denn von einem Genehmigungsbewerber kann nicht verlangt werden, bereits vor Genehmigungserteilung in neue Fahrzeuge zu investieren (siehe Fielitz/Grätz, a.a.O., § 12 PBefG Rn. 6). Eine solche Verpflichtung ergibt sich aus § 12 Abs. 1 Nr. 3c PBefG nicht, der Beklagte hat einen solchen Nachweis auch nicht verlangt. Die

Norm gebietet lediglich die Angabe der Zahl und des Fassungsvermögens derjenigen Busse, die der Unternehmer einzusetzen beabsichtigt. Diese Angaben sollen der Genehmigungsbehörde eine Überprüfung ermöglichen, ob nach den Planungen des Unternehmers eine ausreichende Verkehrsbedienung gewährleistet ist. Den konkreten Anforderungen aus § 12 Abs. 1 Nr. 3c PBefG zur Angabe von Zahl und Fassungsvermögens der einzusetzenden Busse wird entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht durch die pauschale Erklärung genügt, die Anforderungen aus dem geltenden Nahverkehrsplan an die Fahrzeuge zu erfüllen.

(...)