

Abschrift

OBERVERWALTUNGSGERICHT

DES LANDES SACHSEN-ANHALT



3 L 5/11
7 A 21/10 HAL

Verkündet am: 01. August 2012
Spitzbarth, Justizangestellte als
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

IM NAMEN DES VOLKES

U R T E I L

Eingegangen

22. Nov. 2012

[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
Rechtsanwälte

In der Verwaltungsrechtssache

der **Heinrich GmbH**, vertreten durch den Geschäftsführer, Wittenberger Straße 9 a,
06785 Oranienbaum,

**Klägerin und
Berufungsklägerin zu 1),**

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Gaßner, Groth, Siederer & Coll.,
Stralauer Platz 34, 10243 Berlin (Az.: 792/10),

g e g e n

den **Landkreis Wittenberg**, vertreten durch den Landrat, Breitscheidstraße 3,
06886 Lutherstadt Wittenberg,

**Beklagten und
Berufungskläger zu 2),**

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Rößler, Judeichstraße 6,
01099 Dresden (Az: 167/2009),

beigeladen: die **Vetter GmbH**, vertreten durch die Geschäftsführer,
Hinsdorfer Weg 1, 06780 Zörbig – Ortsteil Salzfurkapelle,

Berufungsklägerin zu 3),

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Barth, Dr. Baumeister, Dr. Griem
und Partner, Contrescarpe 75 a, 28195 Bremen
(Az.: 268/10/50),

w e g e n

*Vergabe von Linienverkehrsgenehmigungen
nach dem Personenbeförderungsgesetz*

hat der 3. Senat des Oberverwaltungsgerichtes des Landes Sachsen-Anhalt auf die mündliche Verhandlung vom 01. August 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Engels, die Richter am Oberverwaltungsgericht Semmelhaack und Geiger und die ehrenamtlichen Richterinnen Fenger-Schwindack und Helka für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Halle - 7. Kammer - vom 25. Oktober 2010 abgeändert. Der Beklagte wird unter Aufhebung des gegenüber der Klägerin ergangenen Ablehnungsbescheides vom 12. Juni 2008 und der der Beigeladenen erteilten Genehmigung für das Südwestliche Regionale Linienbündel jeweils in Gestalt des Widerspruchsbescheides des Landesverwaltungsamtes vom 20. April 2009 verpflichtet, den Antrag der Klägerin auf Erteilung der Linienverkehrsgenehmigung für das südwestliche regionale Linienbündel vom 30. April 2008 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Die Berufungen des Beklagten und der Beigeladenen werden zurückgewiesen.

Von den Gerichtskosten des Verfahrens beider Rechtszüge tragen die Klägerin, der Beklagte und die Beigeladene jeweils ein Drittel.

Von den außergerichtlichen Kosten der Klägerin tragen der Beklagte ein Sechstel und die Beigeladene ein Sechstel.

Von den außergerichtlichen Kosten des Beklagten trägt die Klägerin ein Drittel. Von den außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die für erstattungsfähig erklärt werden, trägt die Klägerin ein Drittel.

Im Übrigen tragen die Beteiligten ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Schuldner darf die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht der Gläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

G r ü n d e :

I .

Die Klägerin wendet sich gegen die Erteilung einer Linienverkehrsgenehmigung an die Beigeladene, die sie für sich begehrt.

Im Dezember 2007 machte der Beklagte in einer europaweiten Ausschreibung bekannt, dass die Linienverkehrsgenehmigungen für die Linien 331 – 334, 336, 339 und 340 zum 30. Juni 2008 auslaufen und nach Maßgabe einer noch zu beschließenden Nahverkehrsplananpassung als südwestliches Linienbündel neu vergeben werden sollten. Der Beklagte werde die vorliegenden Anträge ab dem 01. Mai 2008 beurteilen. Nach dem 30. April 2008 eingehende Anträge könnten nicht mehr berücksichtigt werden. Die einzureichenden Antragsunterlagen würden von der Behörde inhaltlich definiert und präzisiert. Die zur Durchführung des Verfahrens notwendigen Unterlagen würden nachfragenden Antragstellern ab dem 15. März 2008 zur Verfügung gestellt.

Der Beklagte gab mit Schreiben vom 12. März 2008 die Antragsunterlagen für den Genehmigungswettbewerb aus. Den Antragstellern wurden in dem Verfahren neben dem Nahverkehrsplan und einem Frage- und Antwortkatalog (BA C, Bl. 76 ff) die für das Linienbündel erstellten Bewertungsrichtlinien bekanntgegeben (BA C, Bl. 88, 146). Sie sahen jeweils neben der Einhaltung einer Antragsfrist bis zum 30. April 2008, der Verwendung der Antragsunterlagen, der Prüfung der fachlichen Eignung, persönlichen Zuverlässigkeit und finanziellen Leistungsfähigkeit eine Bewertung der „objektiven Genehmigungsvoraussetzungen“ anhand von 21 Einzelkriterien vor (E1 Qualität und Angebot im Schülerverkehr nach Maßgabe der Erreichbarkeit der Schulen; E 2 für sonstige Fahrgäste nach Maßgabe der Anbindung von Orten und Ortsteilen und Taktstufen des Verkehrs; E 3 für die Bewertung des Grundangebots im flexiblen Bedienformen; E 4 zur Bewertung der Erschließung durch die vorgesehenen Linien nach der mittleren Entfernung zum nächsten zentralen Ort, der Anzahl bedienter Haltestellen in der Region bzw. in Gräfenhainichen; E 5 zur Liniengestaltung; E 6 Bewertung der Verknüpfung mit dem Schienenpersonennahverkehr in Gräfenhainichen und dem Regionalverkehr in

Wörlitz; E 7 Bewertung des Busverkehrs Gräfenhainichen – Oranienbaum – Dessau; E 8 über die Einhaltung des Tarifwabenplans; E 9 zur Bewertung des Einstiegspreises; E 10 Bewertung des Preisanstiegs im Tarif; E 11 zur Bemessung des Preisverhältnisses von Monatskarte zu Einzelfahrschein; E 12 zur Anzahl der Preisstufen und zur Deckelung; E 13 zur Bewertung nutzerspezifischen Angebote; E 14 für Kooperationstarife mit dem Schienenpersonennahverkehr und im übrigen LK WB; E 15 zum Betrieb oder der Beteiligung an der Mobilitätszentrale; E 16 zur Bewertung des Serviceangebots bei flexibler Bedienform; E 17 Informationsangebot für den Fahrgast; E 18 zur Fahrausweisvertriebsorganisation; E 19 Fahrzeugqualität und -alter; E 20 zur Personaltariftreue und E 21 für den Nachweis der Zertifizierung zur Qualitätssicherung). Bei der Erstellung der Antragsunterlagen, des Nahverkehrsplans, der Bewertungsrichtlinien und der Auswertung der Angebote bediente sich der Beklagte der Unterstützung der ISUP Ingenieurbüro für Systemberatung und Planung GmbH (im Folgenden: ISUP-GmbH).

Bereits am 13. März 2008 beantragte die Klägerin die Genehmigung für den Weiterbetrieb der Linien 331 – 334, 336 und 339 auf den vormals verwendeten Antragsvordrucken. Den Antrag lehnte der Beklagte mit Bescheid vom 11. Juni 2008 ab, weil die Anträge formell und inhaltlich nicht den Anforderungen des Genehmigungswettbewerbes genügten. Dagegen erhob die Klägerin Widerspruch.

Am 30. April 2008 beantragte die Klägerin die Erteilung der Genehmigung für das regionale südwestliche Linienbündel. Neben der Klägerin beteiligten sich die Beigeladene und die SCALAR Wittenberger Omnibusverkehr GmbH (SCALAR) an dem Genehmigungswettbewerb. Die Angebote der Klägerin und der Beigeladenen sahen zusätzlich zu den festen Linienfahrten als flexible Bedienformen Rufbusse bzw. Anrufbusse vor, die innerhalb eines im Fahrplan vorgesehenen Zeitraumes nach vorheriger Anmeldung von Haltestelle zu Haltestelle unabhängig von der Linienzuordnung der Zielhaltestelle verkehren sollten.

Der Beklagte lehnte den Antrag der Klägerin mit Bescheid vom 12. Juni 2008 ab. Die von der Klägerin vorgesehenen Linien 339 (Regionale Tourismuslinie Vockerode - Gräfenhainichen) und 340 (Stadtverkehr Wörlitz) könnten als Linien mit touristischem Charakter nicht berücksichtigt werden, zumal beide Linien ausschließlich in flexibler Bedienform angeboten seien. Auch ungeachtet des Umstandes, dass der Antrag bereits deshalb nicht genehmigungsfähig sei, ergäbe eine Bewertung des Antrages ohne diese Linien, dass er schlechter sei als das beste Angebot, nämlich das der Beigeladenen. Das Altunternehmerprivileg sei „nur angemessen zu berücksichtigen“ und komme also „nur dann zum Tragen“, wenn der Antrag des Altunternehmers ebenso gut sei wie der des besten Mitbewerbers. Das sei hier nicht der Fall. Mit Bescheid vom selben Tag erteilte der Beklagte der Beigeladenen die Linienverkehrsgenehmigung für das regionale südwestliche Linienbündel.

Die gegen diese Bescheide erhobenen Widersprüche wies das Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt mit Widerspruchsbescheid vom 20. April 2009 zurück. Die Einwände gegen die Bewertung ihres Antrages seien unbegründet. Der Beklagte habe auch das Altunternehmerprivileg angemessen berücksichtigt, weil eine „Inanspruchnahme dieser Besitzstandsregelung (...) nur dann in Betracht“ komme, „wenn der Antrag des Altunternehmers ein ebenso gutes Angebot beinhalte wie das des besten Mitbewerbers“. Nur wenn „eine Gleichwertigkeit der Anträge“ vorliege, komme die „Besitzstandsregelung nach § 13 Abs. 3 PBefG zum Tragen“. Davon könne nach dem Ergebnis der Bewertung der Anträge angesichts des Punkteabstandes und der verbalen Bewertung des Verkehrsangebots in dem angefochtenen Bescheid nicht ausgegangen werden. Auch unter Berücksichtigung der von der Klägerin geltend gemachten Umstände, wie der Verlust von Arbeitsplätzen und eine drohende Betriebsschließung, könne nicht davon ausgegangen werden, dass sich das Altunternehmerprivileg offensichtlich durchsetzen müsse.

Mit der dagegen am 20. Mai 2009 erhobenen Klage hat die Klägerin geltend gemacht, die Bewertung ihres Antrages und des Antrages der Beigeladenen in den Kriterien E 1 bis E 4, E 6, E 8 bis E 16 sei fehlerhaft. Auch das Altunternehmerprivileg sei nicht hinreichend berücksichtigt worden, obwohl sie für die Bushalle, das Hofpflaster und die Tankstelle mit öffentlichen Zuwendungen Investitionen getätigt habe. Das Bewertungsschema sei methodisch fehlerhaft. Eine Prüfung der Auskömmlichkeit der Angebote fehle. Die Behörde habe ihr Auswahlermessen nicht ausgeübt. Vielmehr habe die ISUP-GmbH die Auswahlentscheidung getroffen. Die Genehmigungsverfahren für eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehr würden unzulässig vermengt. Das Linienbündel sei unsachgemäß gebildet.

Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat ausgeführt, die Bewertung der Anträge sei fehlerfrei, so dass dem Altunternehmerprivileg im Hinblick auf den Punkteabstand keine Bedeutung zukomme. Die Auswahlentscheidung sei auch im Übrigen nicht zu beanstanden. Die ISUP GmbH sei als Dienstleister bei der Auswertung herangezogen worden.

Die Beigeladene hat geltend gemacht, die Bewertung der Anträge durch den Beklagten sei nicht zu beanstanden, zumal er bei der Bewertung einen Ermessensspielraum habe. Das Altunternehmerprivileg habe Bedeutung nur als „Zünglein an der Waage“, wenn die Angebote gleichwertig seien. Die Klägerin habe auch keinen Anspruch auf Neubewertung. Das Bewertungsschema sei nicht sachwidrig. Die Bestimmung der Kriterien und ihre Gewichtung untereinander seien nicht zu beanstanden.

Das Verwaltungsgericht Halle – 7. Kammer – hat den Beklagten mit Urteil vom 25. Oktober 2010 unter Aufhebung des gegenüber der Klägerin ergangenen Ablehnungsbescheides vom 12. Juni 2008 und des gegenüber der Beigeladenen ergangenen Genehmigungsbescheides vom selben Tag verpflichtet, über den Antrag der Klägerin auf

Erteilung der Linienverkehrsgenehmigung für das südwestliche regionale Linienbündel sowie über die beantragten Zustimmungen zu den Beförderungsentgelten und -bedingungen und den Fahrplänen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden. Im Übrigen hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen. Die zulässige Klage habe Erfolg, soweit die Klägerin eine Neubescheidung ihres Genehmigungsantrages vom 30. April 2008 und die Aufhebung der der Beigeladenen erteilten Genehmigung erstrebe. Maßgeblich für die Anfechtung der Ablehnung ihres Antrages und der Erteilung der Genehmigung an die Beigeladene sei die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung, während für die Beurteilung des Verpflichtungsantrages auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung abzustellen sei. Die Ausgestaltung des Genehmigungsverfahrens durch den Beklagten, der sowohl Aufgabenträger als auch Genehmigungsbehörde sei, sei unbedenklich. Die Bildung des Linienbündels sei nicht zu beanstanden. Die vom Beklagten herangezogenen Auswahlkriterien seien ebenfalls nicht zu beanstanden. Bei der Auswahl der Kriterien komme der Behörde ein Beurteilungsspielraum zu. Die von ihr herangezogenen 21 Kriterien, mit denen das konkrete Verkehrsangebot einschließlich des Liniennetzes, die Änderungen des Tarifwabenplans, die Gestaltung der Fahrpreise sowie die Qualität des Verkehrsangebots bewertet werden, seien zur Prüfung geeignet, welcher Bewerber die bessere Verkehrsleistung anbiete. Zu Unrecht indes sei der Beklagte bei der Punktevergabe nach Maßgabe der Bewertungsrichtlinie von einem Punktwert von 2.543,8869 für die Klägerin und von 3.008,545 Punkten für die Beigeladene ausgegangen. Die Punktevergabe unterliege voller gerichtlicher Kontrolle. Nur soweit das Schema selbst für die Punktevergabe Spielräume belassen, sei die Vergabe nur eingeschränkt überprüfbar. Für die Anwendung sei maßgeblich, wie ein verständiger Dritter in der Lage des Antragstellers das vorab bekannt gemachte Bewertungsschema habe verstehen müssen.

Fehlerhaft indes sei die Bewertung des Grundangebots in flexiblen Bedienformen nach Maßgabe des Kriteriums E 3, nach dem Punkte nicht für die tatsächlich angebotenen Fahrten, sondern danach zu vergeben seien, in welchem Umfang Sollfahrten im Umfang von mindestens einer Fahrt pro Stunde durchgeführt würden, so dass bei einem Angebot von 0:00 bis 24:00 Uhr für 24 Fahrten pro Richtung höchstens 48 Sollfahrten erreichbar seien. Bei der Anwendung des Kriteriums E 6 zur Bewertung der Verknüpfung mit dem Bahnverkehr in Gräfenhainichen und dem Regionalverkehr in Wörlitz sei auf das Verhältnis der verknüpften Busankünfte und Abfahrten zu den nicht verknüpften An- und Abfahrten abzustellen, weil nach dem Bewertungsschema Punkte vergeben werden, wenn mehr als 50 v. H. aller angebotenen ankommenden und abfahrenden Busse im festen Linienverkehr am Verknüpfungspunkt Anschluss an die bzw. von der Bahn oder an den bzw. von dem Stadtverkehr haben. Entgegen der Auffassung des Beklagten sei nicht auf das Verhältnis der verknüpften Bahnankünfte und -abfahrten zu den nicht verknüpften Bahnankünften und Abfahrten abzustellen. Auch aus dem Bewertungsblatt ergebe sich anderes nicht, weil die Begriffe „Linien-Nr.“ und „Fahrt-Nr.“ keinen Anhaltspunkt dafür böten, dass nur eine Anbindung an den Bahnverkehr,

nicht aber an den Busverkehr genüge. Eine Mehrfachbewertung eines ankommenden und sofort wieder abfahrenden Busses sei nicht vorzunehmen. Im Unterkriterium E 6.2 seien allein die in dem Bewertungsschema angegebenen Fahrten der Regionalbuslinie 344 heranzuziehen. Bei einem Bus, dessen Ankunfts- und Abfahrtszeit gleich sei, könne eine Verknüpfung nur Berücksichtigung finden, wenn er entweder ein ankommendes oder abfahrendes übergeordnetes Verkehrsmittel anbinde. Dass in Wörlitz nur auf die Linie 344 und nicht auf sämtliche von und nach Wittenberg verkehrenden Busse abzustellen sei, ergebe sich aus dem Bewertungsschema, in dem die Anschlussstabelle dieser Linie abgedruckt und ausgeführt sei, dass diese für die Bewertung gelten solle. Demnach erhalte die Klägerin in dem Kriterium E 6 247,353 Punkte weniger und die Beigeladene 277,981 Punkte weniger. Bei der Anwendung der Kriterien E 9, E 10 und E 11 zur Bewertung von Einstiegspreis, Fahrpreisanstieg und Rabattierung von Zeitkarten sei für die Einzelfahrkarte nicht auf den im Vorverkauf ohne den „Servicezuschlag“ von 20 v. H., sondern auf den Preis abzustellen, zu dem der Einzelfahrschein im Bus mit dem Zuschlag verkauft werde, so dass im Kriterium E 9 von 1,20 € auszugehen sei, weil nach dem Bewertungsschema „alle Fahrausweisarten normal (d. h. nicht solche, die Kind, AZUBI, Schüler, Gepäck oder sonstig ermäßigt sind)“ zu berücksichtigen seien und die Beigeladene ständig und flächendeckend Einzelfahrkarten nur zu dem Preis von 1,20 € anbiete und die Einzelfahrscheine ohne Ermäßigung nur in den Vorverkaufsstellen zu den dortigen Öffnungszeiten anbiete, so dass diese Preisgestaltung nicht einen Zuschlag für den Verkauf im Bus, sondern eine Ermäßigung für den Erwerb im Vorverkauf darstelle. Demnach erhalte die Beigeladene im Kriterium E 9 wegen des Verlustes des ersten Ranges 124,72 Punkte weniger. Die Klägerin indes bleibe auf dem letzten Rang, so dass sich eine Punkteveränderung für sie nicht ergebe. Auch im Kriterium E 10 verliere die Beigeladene den ersten Rang und erhalte deshalb weitere 77,757 Punkte weniger. Auch hier bleibe die Klägerin auf dem letzten Rang. Im Kriterium 11 bleibe die Klägerin auf dem letzten Rang. Die Klägerin verschlechtere sich in der Bewertung um 162,001 Punkte. Im Kriterium E 16 („Handling und Service flexible Bedienform“) komme es nach den Angaben im Bewertungsschema allein darauf an, ob der Antragsteller sich im Antrag verpflichte, bestimmte Handlungen vorzunehmen. Weitergehende Initiativen, die nach der Bewertung des Angebots der Klägerin durch den Beklagten fehlten, seien nicht erforderlich, so dass die Klägerin weitere 100 Punkte erhalte. Wenngleich die Bewertung im Übrigen keine Fehler aufweise, habe er das ihm eingeräumte Auswahlermessen fehlerhaft ausgeübt, weil weder er noch die Widerspruchsbehörde den im Ergebnis weit geringeren Punkteabstand von 72,91 Punkten zugrunde gelegt, sondern einen Abstand von 464,676 Punkten angenommen habe, so dass das Altunternehmerprivileg nach § 13 Abs. 3 PBefG nicht hinreichend gewürdigt worden sei, auf das sich die Klägerin berufen könne, weil sie alle bzw. die meisten der Linien des Linienbündels bedient habe. Während sich ein Neubewerber mit einem schlechteren Angebot nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände durchsetzen könne, liege es im Ermessen der Behörde, dem Neubewerber die Genehmigung zu erteilen, wenn dieser ein besseres Angebot vorlege. Dieser Spielraum verdichte sich zugunsten des Neubewerbers, je besser sein Antrag sei. Sei es

somit im Grundsatz nicht zu beanstanden, wenn die Genehmigungsbehörde auch bei einem geringen Punkteabstand von einem besseren Antrag des Neubewerbers ausgehe, so müsse sie die Höhe des Punkteabstandes zutreffend ermitteln und die mit dem Altunternehmerprivileg verbundenen Belange wertend berücksichtigen.

Mit der vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung macht die Klägerin geltend, sie habe einen Rechtsanspruch auf Erteilung der unter dem 28. April 2008 beantragten Linienverkehrsgenehmigungen auf der Grundlage der Bewertungsrichtlinie, an die der Beklagte gebunden sei. Über die vom Verwaltungsgericht festgestellten Bewertungsfehler hinaus sei die Entscheidung des Beklagten auch hinsichtlich weiterer Kriterien fehlerhaft. Bei zutreffender Ermittlung der Punkte sei von einem Punktevorsprung von insgesamt 438,786 Punkten zugunsten der Klägerin auszugehen, so dass ihr die Genehmigung auch ohne Berücksichtigung des Altunternehmerprivilegs zu erteilen sei. Selbst wenn man davon ausgehe, dass die Beigeladene einen Punktevorsprung habe, müsse sich die Klägerin wegen des Altunternehmerprivilegs durchsetzen. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts sei die Sache auch spruchreif, weil das Ermessen der Beklagten angesichts des bei richtiger Punktevergabe festzustellenden Punktevorsprungs der Klägerin auf Null reduziert sei. Anderes gelte indes im Hinblick auf das Gewicht des Altunternehmerprivilegs auch dann nicht, wenn man mit dem Verwaltungsgericht von einem geringfügigen Punktevorsprung der Beigeladenen von 72 Punkten ausgehen wollte. Zu Unrecht habe das Verwaltungsgericht die Spruchreife verneint, weil im Hinblick auf den Zeitablauf erneut zu prüfen sei, ob die persönlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung nach § 13 Abs. 1 PBefG noch vorlägen. Auch angesichts der vom Beklagten zwischenzeitlich erteilten Genehmigungen für Theaterfahrten oder grenzüberschreitenden Personenverkehr mit Kraftomnibussen seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich oder vorgetragen, dass die Voraussetzungen entfallen sein könnten. Zudem sei es Sache der Verwaltungsgerichte, die Spruchreife herbeizuführen.

Der hilfsweise gestellte Bescheidungsantrag sei ebenfalls begründet. Die der Beigeladenen erteilte Genehmigung sei rechtswidrig, weil der Beklagte bei der Ausgestaltung des Verfahrens in unzulässiger Weise die Genehmigungsverfahren für eigenwirtschaftlichen Verkehr und für gemeinwirtschaftlichen Verkehr vermengt und im Gewande eines Genehmigungswettbewerbs faktisch einen Ausschreibungswettbewerb durchgeführt habe. Ferner sei die Bildung des Linienbündels fehlerhaft, weil dieses verkehrlich nicht zu rechtfertigen sei, zu nicht auskömmlichen Einnahmen führe und deshalb einer Genehmigung für eigenwirtschaftlichen Verkehr nicht zugänglich sei. Die Bewertungskriterien ließen qualitative Gesichtspunkte außer Acht. Auch sei es unzutreffend, wenn das Verwaltungsgericht bei den Kosten der Schülerbeförderung meine, einer preisgünstigen Verkehrsbedienung für sonstige Nutzer dürfe ein Vorrang eingeräumt werden gegenüber einer kostengünstigen Schülerbeförderung, die den Zuschussbedarf der öffentlichen Hand verringere. Vielmehr seien die Kosten der Schülerbeförderung bei der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung von entscheidender Bedeutung. Schließlich ge-

nüge es entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht, wenn die Behörde sich das Prüfergebnis der ISUP-GmbH durch Erlass des Bescheides zu eigen mache, ohne zuvor in den Akten zu vermerken, dass sie die Ergebnisse selbst nachvollzogen und gebilligt habe. Zudem sei die Verfahrensgestaltung fehlerhaft, namentlich das Gleichbehandlungsgebot verletzt, weil der Beklagte das Angebot der Klägerin der Beigeladenen bekanntgegeben habe, so dass diese die ihr gebotene Möglichkeit, das Angebot der Klägerin schlecht zu machen, habe nutzen können. Auch die sehr späte Beantwortung wesentlicher Fragen sei Ausdruck einer diskriminierenden Behandlung der Klägerin durch den Beklagten. Zuletzt könne entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts für den Fall der Neubescheidung nicht von der Anwendbarkeit der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ausgegangen werden, weil eine Linienverkehrsgenehmigung kein „ausschließliches Recht“ i. S. d. Art. 2 Buchst f der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 sei, sondern nur ein besonderes Recht gewähre.

Sie beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Halle – 7. Kammer – vom 25. Oktober 2010 abzuändern und

- 1) den Beklagten zu verpflichten, der Klägerin die im Antrag vom 28. April 2008 im Rahmen des Genehmigungswettbewerbs beantragten Genehmigungen für die Linien im südwestlichen regionalen Linienbündel zu erteilen und den der Beigeladenen erteilten Genehmigungsbescheid vom 12. Juni 2008 sowie den der Klägerin erteilten Ablehnungsbescheid vom 12. Juni 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20. April 2009 aufzuheben,
- 2) hilfsweise, den Beklagten zu verpflichten, der Klägerin die mit Antrag vom 11. März 2008 beantragten Genehmigungen für die Linien 331 bis 339 zu erteilen und dem der Beigeladenen erteilten Genehmigungsbescheid vom 12. Juni 2008 für das südwestliche regionale Linienbündel sowie den der Klägerin erteilten Ablehnungsbescheid vom 11. Juni 2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20. April 2009 für die Linien 331 bis 339 aufzuheben,
- 3) hilfsweise zu 1) und 2), den Beklagten unter Aufhebung der Bescheide vom 12. Juni 2008 und des Widerspruchsbescheides vom 20. April 2009 zu verpflichten, über ihren Antrag im Rahmen des Genehmigungswettbewerbs des Beklagten vom 28. April 2008 auf Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen

gen im südwestlichen regionalen Linienbündel neu zu entscheiden,

- 4) den Beklagten zu verpflichten, der Klägerin die beantragten Zustimmungen zu den Beförderungsentgelten und -bedingungen und den Fahrplänen für das südwestliche regionale Linienbündel zu erteilen,
- 5) hilfsweise zu 1) bis 3), den Beklagten unter Aufhebung der Bescheide vom 12. Juni 2006 und des Widerspruchsbescheides vom 20. April 2008 zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts ein den Geboten der Transparenz und Gleichbehandlung entsprechendes neues Auswahlverfahren durchzuführen.

Der Beklagte beantragt,

1. die Berufung der Klägerin zurückzuweisen,
2. das Urteil des Verwaltungsgerichts Halle – 7. Kammer – vom 25. Oktober 2010 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Er führt zur Begründung seiner Berufung aus, entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts sei wegen der Verpflichtungsklage auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung abzustellen. Auch das Verwaltungsgericht habe inhaltlich auf den Antragsinhalt und für die Punktevergleichsberechnung auf den Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung abgestellt. Zu Unrecht nehme das Verwaltungsgericht an, der Beklagte sei an die Bewertungsrichtlinie gebunden, weil damit der Beurteilungsspielraum der Behörde im Hinblick auf planerische Entscheidungen unzulässig eingeeengt und einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen werde. Der Beklagte gehe entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts davon aus, dass „im Kriterium E 3 aus der Sicht des Fahrgastes ein regelmäßiges Angebot des Unternehmers in einem festzulegenden Zeitraum Beurteilung“ finde. Für die Ermittlung des Angebots sehe die Bewertungsrichtlinie eine mindestens stündliche Bedienung vor. Da eine höhere als die mindestens geforderte Taktdichte für den Kunden besser sei, dürfe dies bei der Bewertung des Angebots entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts berücksichtigt werden, zumal in die Spalte „Erfüllung“ die Anzahl der „(tatsächlichen) Sollabfahrten“ einzutragen sei.

Auch die Punktevergabe im Kriterium E 6 zur Verknüpfung an den Bahnverkehr in Gräfenhainichen und den Regionalverkehr in Wörlitz durch den Beklagten sei nicht zu beanstanden. Das Verwaltungsgericht habe sich nicht ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens auf die vom Beklagten bestrittenen Angaben in dem von der Klägerin überreichten Privatgutachten stützen dürfen.

Die Bewertung des Angebots der Beigeladenen nach Maßgabe der Kriterien E 9, E 10 und E 11 sei ebenfalls fehlerfrei. Die Auffassung des Verwaltungsgerichts, der Servicezuschlag für den Fahrkartenverkauf im Bus sei als Einstiegspreis anzunehmen, weil der geringere Preis für den Erwerb im Vorverkauf eine Ermäßigung sei, die außer Betracht zu bleiben habe, treffe nicht zu. Die Beigeladene habe einen Fahrpreis von 1,00 € beantragt und genehmigt bekommen, nicht aber einen Preis von 1,20 € und einen – ebenfalls genehmigungspflichtigen – Rabatt.

Schließlich sei auch die Punktevergabe nach dem Kriterium E 16 nicht zu beanstanden, in dem es um die Verpflichtung gegangen sei, die Vermittlung mit den Betreibern der anderen vier Linienbündel zu koordinieren und eine einheitliche Telefonnummer zu nutzen. Die Klägerin habe eine solche Bereitschaft zwar mit einem Kreuz in dem entsprechenden Feld bekundet, dies aber durch nichts belegt, so dass keine Punkte zu vergeben seien.

Schließlich gehe das Verwaltungsgericht fehl in der Annahme, dass für eine Neubeurteilung über den Antrag der Klägerin die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 anwendbar sei, weil dies nach Art. 2 f voraussetze, dass dem Betreiber eines öffentlichen Dienstes ein ausschließliches Recht eingeräumt werde. Die Linienverkehrsgenehmigung indes gewähre kein Recht, sondern setze ein solches voraus und hebe ein auf die Personenbeförderung bezogenes Ausübungsverbot auf. Jedenfalls aber handele es sich dabei nicht um ein ausschließliches Recht, weil einem neu hinzutretenden Anbieter eine Genehmigung unter den Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 PBefG zu erteilen sei.

Die Berufung der Klägerin sei zurückzuweisen, weil die Rügen der Klägerin gegen die Bewertung nach Maßgabe der Einzelkriterien unbegründet seien.

Wegen des Kriteriums E 15 seien der Klägerin abweichend von der Bewertung des Beklagten 100 Pluspunkte abzuziehen, weil es sich bei der von der Klägerin erklärten Bereitschaft, die Mobilitätszentrale zu betreiben, um eine „nichtige Scheinerklärung“ handele. Die Klägerin habe nämlich keine Aktivitäten nachgewiesen, mit dem damaligen Betreiber der Mobilitätszentrale Kontakt aufzunehmen, was indes nach „der allgemeinen Rechtsauffassung“ notwendig gewesen wäre, um „die Bereitschaft zur Kooperation zu untersetzen“.

Ferner habe eine nochmalige Überprüfung der Bewertung nach dem Kriterium E 1 ergeben, dass der Beigeladenen weitere 400 Zusatzpunkte zuzuteilen seien. Das Verwaltungsgericht habe die Bewertung anhand der Haltestellenliste vorgenommen, wonach tatsächlich ein Schüler von der Haltestelle „Harsdorf Friedhof“ nicht innerhalb der Richtzeiten die Schulhaltestelle des Gymnasiums „Philantropinum“ in Dessau erreiche.

Unter Berücksichtigung denkbarer alternativer Haltestellen am Schulort könne der Schüler tatsächlich befördert werden.

Nach allem entfielen auf die Klägerin 2.243,869 Punkte, auf die Beigeladene 3.408,545 und auf SCALAR als weitere Antragstellerin 2.062,660 Punkte, so dass zwischen Klägerin und Beigeladener von einem Punkteabstand von 1.164,676 auszugehen sei.

Unter Berücksichtigung dieses Punkteabstandes könne sich die Klägerin nicht mit Erfolg auf das Altunternehmerprivileg nach § 13 Abs. 3 PBefG berufen. Voraussetzung hierfür sei, dass die Angebotsinhalte nach den Anträgen in etwa gleichwertig seien, weil eine zufriedenstellende Verkehrsbedienung in der Vergangenheit nicht dazu führen könne, dass deswegen auch wesentlich bessere Angebote verdrängt würden. Auch bei einem geringen Punkteabstand könne die Klägerin allenfalls einen Anspruch auf Neubescheidung geltend machen, weil die Behörde sodann eine erneute Abwägung der Belange würde vornehmen müssen.

Die Beigeladenen zu 1) und 3) beantragen,

1. die Berufung der Klägerin zurückzuweisen,
2. das Urteil des Verwaltungsgerichts Halle – 7. Kammer – vom 25. Oktober 2010 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Sie machen mit ihrer Berufung geltend, bei Konkurrentenstreitigkeiten sei einheitlich auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung abzustellen. Ferner habe sich der Beklagte entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts mit dem Bewertungskatalog nicht gebunden, so dass eine Berücksichtigung des Nahverkehrsplanes nur möglich sei, soweit der Bewertungskatalog nicht eindeutig sei.

Unzutreffend habe das Verwaltungsgericht angenommen, die auf das Angebot der Beigeladenen für das Linienbündel vergebenen Punkte seien unzutreffend ermittelt worden. Fehlerhaft sei das Verwaltungsgericht von nur 24 Sollfahrten ausgegangen, weil das von der Beigeladenen angebotene Anrufbussystem eine permanente Vorhaltung der Verkehrsleistung erlaube. Sollfahrten seien entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht im Sinne einer stündlichen Bedienung zu verstehen, weil die stündliche Bedienung nur Wertungsvoraussetzung, während Maßstab für die Bewertung die Anzahl der Sollabfahrten sei.

Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts sei nach dem Kriterium E 6 die Anbindung des ÖPNV an den SPNV maßgeblich, wenngleich in der Bewertungsrichtlinie nur von einer Verknüpfung mit dem SPNV die Rede sei, die in die eine wie die andere Richtung denkbar sei, weil dies bei verständiger Würdigung der „alltäglichen ÖPNV-Praxis“ nur im Sinne der Anbindung des ÖPNV an den SPNV verstanden werden kön-

ne. Ungeachtet dessen sei die Bewertung im Kriterium E 6.2 fehlerhaft, weil nicht nur die Verknüpfungen der Linie 344, sondern jedwede Verknüpfung in Wörlitz zu berücksichtigen sei. Wenn in der Tabelle Fahrten der Linie 344 aufgeführt seien, so sei dies nicht als abschließend zu verstehen, weil die Bewertungsrichtlinie als Maßstab Verknüpfungen im Regionalverkehr in Wörlitz nenne und damit keine Beschränkung auf die zum damaligen Zeitpunkt vorhandenen Verkehre enthalte. Zudem sei die Berechnung, auf die sich das Verwaltungsgericht stütze, fehlerhaft, weil die Busankünfte aus Wittenberg in Wörlitz als Abfahrten und die Abfahrten in Wörlitz fehlerhaft als Ankünfte in Wörlitz angesehen worden seien. Nach alledem sei die Bewertung des Beklagten nach dem Kriterium E 6.1 zutreffend, während die Klägerin nach dem Kriterium E 6.2 gegenüber der Bewertung des Beklagten 300 Punkte weniger und die Beigeladene 45,472 Punkte mehr zu erhalten habe, so dass im Ergebnis nach dem Kriterium E 6 154,647 Punkte auf die Klägerin und 179,053 Punkte auf die Beigeladene entfielen.

Auch die Bewertung in den Kriterien E 9, E 10 und E 11 sei fehlerhaft. Das Verwaltungsgericht sei zu Unrecht von einem Einstiegspreis von 1,20 € ausgegangen, weil die Beigeladene nur einen Fahrpreis von 1,00 € beantragt habe. Eine nach den §§ 12 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. d, 39 PBefG genehmigungspflichtige Rabattierung sei nicht beantragt. Das Verwaltungsgericht verkenne, dass der Servicezuschlag kein Tarif sei, weil ein Tarif nur das Entgelt für eine Beförderungsleistung sei, während der Vertriebszuschlag ein Entgelt für eine Serviceleistung sei.

Ferner seien der Klägerin nach dem Kriterium E 7 für die Realisierung eines festen Fahrtenangebots an Samstagen und Sonn- und Feiertags mit mindestens 4 Fahrtenpaaren innerhalb einer zwölfstündigen Betriebszeit zu Unrecht 60 Punkte zugeteilt worden, weil sie nach dem eingereichten Fahrplan zwar vier Fahrten anbiete, die Betriebszeit von 7:10 Uhr bis 17:50 Uhr indes nur knapp 10,5 Stunden betrage, so dass ihr anstelle von 60 Pluspunkten 120 Minuspunkte zuzurechnen seien.

Selbst wenn man die vom Verwaltungsgericht als zutreffend angesehene Punktekorrektur vornähme, so erwiese sich unter Berücksichtigung der zu korrigierenden Punktevergabe im Kriterium E 7 der Abstand zwischen Klägerin und Beigeladener wieder als ausreichend, so dass es auf einen etwaigen Besitzstandsschutz nicht ankomme.

Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts habe der Beklagte sich nicht von dem Ergebnis der Punktebewertung durch eine erneute Bewertung der Einzelkriterien im Wege einer Gesamtschau gelöst. Ungeachtet dessen sei dem Beklagten eine solche Überbeurteilung auch nicht verwehrt. Eine Bindung an die Bewertungsrichtlinien über Art. 3 Abs. 1 GG liege nicht vor, weil es an einer geübten Verwaltungspraxis fehle. Die Bewertungsmatrix sei weder eine Verwaltungsvorschrift, noch habe der Beklagte diese in der Vergangenheit seinen Entscheidungen zugrunde gelegt.

Schließlich sei die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts für den Fall einer Neubescheidung nicht anwendbar, weil es sich bei Linienverkehrsgenehmigungen nicht um ausschließliche Rechte i. S. d. Art. 2 Buchst. f handle, so dass die Vergabe auch nicht im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages erfolgen müsse. Denn die Genehmigung stehe der Erteilung einer weiteren Genehmigung nicht entgegen, wenn dadurch eine bessere Verkehrsbedienung erreicht werde.

Die Berufung der Klägerin könne keinen Erfolg haben, weil die Einwände wegen der Anwendung der Bewertungsrichtlinie unbegründet seien. Zudem sei zu bedenken, dass die Bewertung nach dem Kriterium E 1 nicht zutreffend und der Klägerin weniger Punkte zuzuteilen seien, weil in ihren Fahrplänen Rufbusfahrten vorgesehen seien, die bei der Bewertung außer Betracht bleiben müssten, weil der Rufbus keinen festen Fahrtweg abfare und nur verkehre, wenn ein Fahrtwunsch geäußert werde.

Die Klägerin beantragt,

die Berufungen des Beklagten und der Beigeladenen zurückzuweisen.

Sie meint, das Verwaltungsgericht habe entgegen der Auffassung des Beklagten und der Beigeladenen wegen der Verpflichtungsklage zu Recht auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung abgestellt.

Soweit der Beklagte meine, nach dem Kriterium E 1 könnten der Beigeladenen 400 Zusatzpluspunkte zugerechnet werden, wenn man zur Anbindung des Gymnasiums „Philantropinum“ eine weitere Haltestelle zulasse, sei dies unzutreffend. Lege man die bisherigen Maßstäbe an alle Antragsteller an, so erfülle keiner die Vorgaben. Weiche man die Regeln auf, würden sowohl von der Beigeladenen als auch von der Klägerin alle Schüler befördert.

Entgegen der Auffassung des Beklagten seien der Klägerin für die Anbindung des Ortsteils Strohwalde und des Wohnplatzes Buchholz weitere Punkte zuzurechnen. Sowohl nach der Bewertungsrichtlinie als auch nach der Haltestellenliste und dem Nahverkehrsplan seien diese Plätze dem Linienbündel 5 zuzuordnen. Wegen des Kriteriums E 6.2 seien allen Antragstellern 200 Minuspunkte zuzuweisen. Ohne Erfolg mache die Beigeladene wegen der Anwendung des Kriteriums E 7 geltend, der Klägerin seien Punkte abzuziehen, weil die von ihr angebotenen Fahrten den Rahmen von 12 Betriebsstunden nicht ausschöpfe. Denn die Richtlinie gebe nur vor, dass auf eine zwölfstündige Betriebsdauer vier Fahrten sinnvoll zu verteilen seien.

Die Berufung der Klägerin hat Erfolg, soweit sie hilfsweise im Wege der Versagungsgegenklage einen Anspruch auf Neubescheidung ihres Antrags vom 30. April 2008 verfolgt. Im Übrigen hat die Berufung keinen Erfolg. Die Berufungen des Beklagten und der Beigeladenen sind unbegründet.

1) Soweit die Klägerin hilfsweise im Wege der Versagungsgegenklage einen Anspruch auf Neubescheidung ihres Antrags verfolgt, ist die Berufung zulässig, obwohl bereits das Verwaltungsgericht den Beklagten mit dem angefochtenen Urteil verpflichtet hat, den Antrag neu zu bescheiden. Zwar liegt eine für die Zulässigkeit der Berufung notwendige Beschwerde nicht vor, wenn die Vorinstanz ihre Entscheidung lediglich auf andere Gründe gestützt hat, als sie vom Berufungsführer geltend gemacht werden. Anderes gilt indes für Bescheidungsurteile i. S. d. § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO, wenn die das Urteil tragenden Gründe, nach denen die Behörde den Antrag neu bescheiden soll, die Behörde nicht in dem Maße binden, wie dies der Rechtsmittelführer anstrebt (vgl. BVerwG, Urt. v. 12.01.1966 – 5 C 62.64 Rdnr. 24 <zitiert nach juris>; BVerwGE 23, 123).

Das Verwaltungsgericht hat seine Entscheidung tragend darauf gestützt, der Beklagte müsse eine neue Abwägungsentscheidung unter angemessener Berücksichtigung des Altunternehmerprivilegs treffen, weil der Punkteabstand wegen einer fehlerhaften Bewertung in den Kriterien E 3, E 6, E 9 bis E 11 und E 16 von den vom Beklagten angenommenen 464,676 Punkten zwischen Klägerin und Beigeladenen (UA S. 40) auf 72,91 Punkte (UA S. 38) verringert habe, so dass die Behörde gehalten sei, unter Berücksichtigung des Altunternehmerprivilegs (§ 13 Abs. 3 PBefG) in eine Neubewertung einzutreten. Zudem richte sich die Entscheidung über die Erteilung der Genehmigung bis zum Ende der ursprünglich festgesetzten Geltungsdauer nach den Vorgaben der am 03. Dezember 2009 in Kraft getretenen Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, weil die Linienverkehrsgenehmigung ein ausschließliches Recht i. S. d. Art. 2 Buchst. f VO1370/2007 gewähre.

Die Klägerin hingegen macht geltend, sie habe aufgrund weitergehender Fehler bei der Anwendung der Bewertungsrichtlinien einen Punktevorsprung vor den Beigeladenen. Ferner führe der Beklagte im Gewande eines Genehmigungswettbewerbs faktisch einen Ausschreibungswettbewerb unter Umgehung der Regelung in der VOL durch, indem das nach § 13 PBefG durchzuführende Genehmigungsverfahren für eigenwirtschaftlichen Verkehr in unzulässiger Weise mit dem nach § 13 a PBefG durchzuführenden Genehmigungsverfahren für gemeinwirtschaftlichen Verkehr vermengt werde. Zuletzt sei entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts die VO (EG) 1370/2007 nicht anwendbar, weil die Genehmigung kein ausschließliches Recht gewähre.

Mit diesem Vorbringen, insbesondere mit der Rechtsbehauptung, sie habe bei zutreffender Anwendung der Bewertungsrichtlinien nicht ein um 72,91 Punkte schlechteres

Angebot unterbreitet, sondern einen Punktevorsprung gegenüber der Beigeladenen, erstrebt die Klägerin eine weitergehende Bindung der Behörde.

2) Ohne Erfolg bleibt die Berufung, soweit die Klägerin den Beklagten mit dem Hauptantrag, dem Hilfsantrag zu 2) und dem Antrag zu 4) verpflichtet wissen will, ihr auf ihre Anträge vom 13. März und 30. April 2008 die Linienverkehrsgenehmigung für das Linienbündel und die Zustimmung zu den Beförderungsentgelten und -bedingungen und den Fahrplänen zu erteilen.

a) Die Ablehnung des Antrages der Klägerin vom 13. März 2008 auf Erteilung der Linienverkehrsgenehmigungen für die Linien 331 bis 339 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO). Wegen der weiteren Einzelheiten verweist der Senat auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil (UA S. 45), die er sich zu Eigen macht.

b) Soweit die Klägerin den Beklagten mit dem Hauptantrag und dem Antrag zu 4) verpflichtet wissen will, ihr auf ihren Antrag vom 30. April 2008 die Linienverkehrsgenehmigung für das Linienbündel und die Zustimmung zu den Beförderungsentgelten und -bedingungen und den Fahrplänen zu erteilen; kann die Klage auch in der Berufungsinstanz keinen Erfolg haben, weil die Sache nicht spruchreif i. S. d. § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO ist.

Maßgeblich für die auf die Erteilung der Linienverkehrsgenehmigungen gerichtete Verpflichtungsklage ist in Fällen des Genehmigungswettbewerbs zwischen konkurrierenden Antragstellern die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung (vgl. BVerwG, Urt. 06.04.2000 – 3 C 6/99 – Rdnr. 28; Urt. v. 06.04.2000 – 3 C 7.99 – Rdnr. 31). Welcher Zeitpunkt für die gerichtliche Entscheidung maßgeblich ist, ergibt sich aus dem materiellen Recht. Beantragen – wie hier – mehrere Antragsteller in einem Genehmigungswettbewerb jeweils für sich die Erteilung von Genehmigungen für denselben Linienverkehr nach Maßgabe des § 13 PBefG, so hat die Behörde nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen eine Auswahlentscheidung zu treffen, die sich dem Zweck der Ermächtigung entsprechend daran zu orientieren hat, welcher Antragsteller das beste Verkehrsangebot unterbreitet; das Altunternehmerprivileg ist gemäß § 13 Abs. 3 PBefG angemessen zu berücksichtigen. Da die einem Dritten erteilte Linienverkehrsgenehmigung kein Dauerverwaltungsakt ist und die Genehmigung nicht rechtswidrig wird, wenn die Genehmigungsvoraussetzungen nach der behördlichen Entscheidung im Nachhinein entfallen (vgl. BVerwG, Urt. 06.04.2000 – 3 C 6.99 – Rdnr. 30, a. a. O.), kommt es auf Änderungen der Sach- und Rechtslage nach dem Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung nicht mehr an. Anderes gilt nur, wenn die Behörde nicht in einem Genehmigungswettbewerb eine Auswahlentscheidung zwischen Konkurrenten zu treffen hat, sondern ein Antragsteller einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung geltend macht (BVerwG, Urt. v. 28.07.1989 – 7 C 39/87 – Rdnrn. 8 und 10 <zitiert nach juris>). Soweit das Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-

Anhalt wegen des maßgeblichen Zeitpunkts auch in Konkurrentenstreitigkeiten auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz abgestellt hat (OVG LSA, Urt. v. 07.04.1998 – A 4 S 191/97 – Rdnr. 47 <zitiert nach juris>), hält der nunmehr für das Personenbeförderungsrecht zuständige 3. Senat daran nicht fest.

Anspruchsgrundlage ist § 13 Abs. 1 Satz 1 PBefG. Danach darf die Genehmigung nur erteilt werden, wenn die Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebs gewährleistet sind (Nr. 1), keine Tatsachen vorliegen, die die Unzuverlässigkeit des Antragstellers als Unternehmer oder der für die Führung der Geschäfte bestellten Personen dartun (Nr. 2), der Antragsteller als Unternehmer oder die für die Führung der Geschäfte bestellte Person fachlich geeignet ist (Nr. 3) und der Antragsteller und die von ihm mit der Durchführung von Verkehrsleistungen beauftragten Unternehmer ihren Betriebssitz oder ihre Niederlassung im Sinne des Handelsrechts im Inland haben.

Während die Voraussetzungen nach § 13 Abs. 1 Nrn. 1 bis 4 PBefG, ggf. unter Hinzuziehung der Hilfe von Sachverständigen, uneingeschränkt der gerichtlichen Kontrolle unterliegen, gilt Gleiches nicht für die Auswahlentscheidung, die die Behörde zu treffen hat, wenn mehrere Genehmigungsbewerber für Linien oder Linienbündel konkurrierende Genehmigungsanträge stellen. Gibt es – wie hier – mehrere Genehmigungsbewerber, so trifft die Behörde die Auswahlentscheidung vorrangig unter Berücksichtigung der öffentlichen Verkehrsinteressen und der Kostengünstigkeit (BVerwG, Beschl. v. 06.04.2000 – 3 C 7.99 – Rdnr. 32 <zitiert nach juris>). Ferner ist die langjährige beanstandungsfreie Bedienung einer Linie durch einen Antragsteller angemessen zu berücksichtigen (§ 13 Abs. 3 PBefG). Diese Auswahlentscheidung ist eine Ermessensentscheidung (vgl. BVerwG, Urt. v. 19.10.2006 – 3 C 33.05 – Rdnr. 50 <zitiert nach juris>), die von den Gerichten nur daraufhin überprüft werden kann, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist (vgl. § 114 Satz 1 VwGO). Verbleibt der Behörde – wie hier – wegen der Auswahl unter mehreren konkurrierenden Antragstellern ein Ermessensspielraum, so ist die Sache nicht spruchreif i. S. d. § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO. Es ist dem Gericht unter diesen Umständen verwehrt, anstelle der Behörde eigene Ermessenserwägungen anzustellen und die der Behörde vorbehaltene Auswahlentscheidung selbst zu treffen.

Wegen der Bewertung von öffentlichen Verkehrsinteressen der unterschiedlichsten Art und ihrer befriedigenden Bedienung und damit auch bei der Frage, wie gewichtig einzelne öffentliche Verkehrsinteressen sowohl für sich gesehen als auch im Verhältnis zu anderen sind, kommt der Genehmigungsbehörde ein Beurteilungsspielraum zu (BVerwG, Urt. v. 28.07.1989 – 7 C 39.87 – Rdnr. 15 <zitiert nach juris>). Es ist den Gerichten nicht gestattet, anstelle der Genehmigungsbehörde eine eigene planerische Entscheidung zu treffen. Es ist Aufgabe der Genehmigungsbehörde, im Konflikt zwischen verschiedenen öffentlichen Verkehrsinteressen, z. B. zwischen dem Interesse an einer möglichst guten überörtlichen Verkehrsbedienung einerseits und dem an einer

möglichst ebenso guten örtlichen und nachbarörtlichen Verkehrsbedienung andererseits, eine abwägende (planerische) Entscheidung zu treffen. Dazu hat sie zuvor die örtlichen und die überörtlichen Verkehrsbedürfnisse zu ermitteln und zu bewerten, um dann zu entscheiden, ob und in welchem Maße sie befriedigt werden können und sollen. Diese Entscheidung setzt nicht nur prognostische, sondern auch verkehrs- und raumordnungspolitische Wertungen voraus, um zu ermessen, ob der eigenwirtschaftliche Verkehr eine ausreichende Verkehrsbedienung (§ 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG) ermöglicht (BVerwG, a. a. O).

Ferner ist für die Auswahlentscheidung neben dem Grad der Erfüllung öffentlicher Verkehrsinteressen durch die konkurrierenden Genehmigungsantragsteller in den Blick zu nehmen, mit welchem Gewicht die Behörde nach dem ihr eingeräumten Ermessen die Kosten für die öffentliche Hand in die Abwägungsentscheidung einfließen lassen will. Entsprechendes gilt im Grundsatz auch für die angemessene Berücksichtigung einer langjährigen beanstandungsfreien Bedienung einer Linie durch einen Antragsteller nach Maßgabe des § 13 Abs. 3 PBefG. Bleibt der Genehmigungsantrag eines solchen Antragstellers hinsichtlich des Erfüllungsgrades bei den öffentlichen Verkehrsinteressen oder hinsichtlich der Kosten nach der Bewertung der Behörde hinter dem Antrag konkurrierender Antragsteller zurück, so ist die Behörde nach § 13 Abs. 3 PBefG verpflichtet, eine beanstandungsfreie Bedienung durch den Altkonzessionär zu berücksichtigen. Mit welchem Gewicht diesem Belang bei einer Auswahlentscheidung Bedeutung beizumessen ist, ist ebenfalls nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar und hängt zum einen davon ab, in welchem Maß das Angebot des Altkonzessionärs hinsichtlich des Erfüllungsgrades bei den öffentlichen Verkehrsinteressen und/oder hinsichtlich der Kosten hinter dem Genehmigungsantrag des Konkurrenten zurückbleibt. Zum anderen ist bei der Abwägung zu berücksichtigen, ob und in welchem Umfang Aufwendungen für den Betrieb getätigt wurden und in welcher Weise die Linien in der Vergangenheit bedient worden sind (BVerwG, Urt. v. 19.10.2006 – 3 C 33.05 – Rdnr. 47 <zitiert nach juris>).

Der Beklagte hat sowohl bei der Bewertung des Antrages der Beigeladenen als auch bei der Bewertung des Antrags der Klägerin jeweils zu deren Gunsten zu Unrecht den Anrufbus als genehmigungsfähigen Linienverkehr nach den §§ 42, 2 Abs. 6 PBefG angesehen.

Grundlage für die Erteilung der Genehmigung ist § 13 PBefG. Sie wird bei einem Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen für die Einrichtung, die Linienführung und den Betrieb erteilt (§ 9 Abs. 1 Nr. 3).

Der Verkehr mit dem in dem Antrag der Beigeladenen vorgesehenen Anrufbus ist kein Linienverkehr i. S. d. § 42 Satz 1 PBefG. Danach ist Linienverkehr eine zwischen bestimmten Ausgangs- und Endpunkten eingerichtete regelmäßige Verkehrsverbindung, auf der Fahrgäste an bestimmten Haltestellen ein- und aussteigen können.

Der von allen Antragstellern vorgesehene Anrufbus verkehrt nach den zutreffenden Feststellungen des Verwaltungsgerichts nach mindestens einstündiger vorheriger Anmeldung von einer Haltestelle zu einer anderen Haltestelle, ohne dass es sich dabei um die Haltestelle einer bestimmten Linie handeln muss. Das folgt für die Klägerin aus ihren Erläuterungen zu dem eingereichten Antrag, zur Bemessung der Rufbuskilometer für „ein Flächensystem“, bei der sie „Umwege durch die Bedienung abgelegener Rufbushaltestellen“ außer Betracht gelassen habe (BA E, Bl. 110021). Ferner sei eine Abstimmung und Koordination mit der Mobilitätszentrale „insbesondere wenn es um Fahrten in andere Bündel“ gehe, notwendig (BA E, Bl. 110022). Für die Beigeladene folgt dies aus dem Hinweis auf das von ihr unterhaltene „größte geschlossene Anrufbus-System Deutschlands“ (BA D, Bl. 140019 und 140023) und dem Bemerkten, dass die Beigeladene mit ihrem Angebot eine „Integration des Linienbündels 5 in das flexible Anrufbus-System der Bündel 1 bis 3“ erreichen wolle. Wesentlich sei dabei, „dass alle Fahrgäste des Landkreises, also auch jene des Linienbündels 5, ohne Zugangshemmnisse mit dem flexiblen Anrufbus den gesamten Landkreis befahren können und damit auch ein überregionales Fahrtenangebot in den Landkreis Anhalt-Bitterfeld sowie der Stadt Dessau-Roßlau“ erhielten.

Diese Verkehrsangebote, bei der das Fahrzeug innerhalb eines im Fahrplan gekennzeichneten Zeitraumes nach vorheriger Anmeldung von einer Haltestelle zu einer anderen Haltestelle verkehrt, ohne dass es sich dabei um die Haltestelle einer bestimmten Linie handeln muss, sind kein Linienverkehr i. S. d. § 42 PBefG.

Dem Anrufbus fehlt das einen Linienverkehr prägende Element einer Verbindung zwischen bestimmten Ausgangs- und Endpunkten (Nds.OVG, Urt. v. 08.10.2003 – 4 LB 365/03 – Rdnr. 32 <zitiert nach juris>; Urt. v. 19.09.2007 7 LC 108/04 – Rdnr. 42; Fielitz/Grätz, PBefG – Stand: Dezember 2010, zu § 2 Rdnr. 27). Der Streckenverlauf wird nach den vorliegenden telefonischen Anmeldungen der Fahrgäste geplant. Damit gibt es keinen bestimmten Ausgangs- und Endpunkt für die Fahrt, weil der Fahrgast nach telefonischer Vorbestellung von jeder Haltestelle einer Linie aufgenommen wird und der Endpunkt an jeder Haltestelle im Linienbündel liegen kann. Der Fahrtverlauf ist beliebig und völlig unabhängig von den Linien der sonst verkehrenden Linienbusse.

Ferner ist die Verkehrsverbindung nicht regelmäßig i. S. d. § 42 Satz 1 PBefG. Die Regelmäßigkeit des Verkehrs setzt Fahrten voraus, die in einer erkennbaren zeitlichen Ordnung wiederholt werden, so dass sich die Fahrgäste auf das Vorhandensein einer Verkehrsverbindung einrichten können (Fielitz/Grätz, PBefR, zu § 42 PBefG, Rdnr. 2; Bidinger, PBefR, zu § 42 PBefG, Anm 3 c jeweils unter Bezugnahme auf BT-Drs. 3/2450 S. 8). Daran fehlt es, wenn die Fahrten – wie hier – gerade nicht in einer bestimmten wiederkehrenden Abfolge durchgeführt werden, sondern nur dann, wenn ein Fahrgast einen Fahrtwunsch anmeldet (vgl. BayObLG, Beschl. v. 13.03.1998 – 3 ObWi 23/98 – Rdnr. 10 <zitiert nach juris>).

Handelt es sich bei dem Anrufbus weder nach dem Antrag noch nach der Genehmigung um Linienverkehr, so ist der Verkehr auch nicht nach Maßgabe des § 2 Abs. 6 PBefG genehmigungsfähig. Nach § 2 Abs. 6 PBefG können Beförderungen, die in besonders gelagerten Einzelfällen nicht alle Merkmale einer Verkehrsart oder Verkehrsform dieses Gesetzes erfüllen, nach denjenigen Vorschriften dieses Gesetzes genehmigt werden, denen diese Beförderungen am meisten entsprechen. Sinn und Zweck der Regelung ist es, die Möglichkeit einer Genehmigungserteilung auch in den Fällen zu schaffen, in denen nicht alle Tatbestandsmerkmale der einzelnen Verkehrsarten oder Verkehrsformen (§§ 42 f. und 46 ff PBefG) erfüllt sind, weil ohne eine entsprechende Ausnahmenvorschrift jegliche Abweichung nicht genehmigungsfähig wäre (VGH Bad.-Württ, Urt. v. 28.03.2008 – 9 S 2312/06 – Rdnr. 25 <zitiert nach juris>) und die allgemeine Handlungsfreiheit wegen des Typen- und Formenzwanges im Personenbeförderungsgesetz unverhältnismäßig beschränkt würde (BVerfG, Beschl. v. 07.04.1964 – 1 BvL 12/63 – Rdnrn. 23 und 27 <zitiert nach juris>).

Der „Anrufbusverkehr im Flächenbetrieb im südwestlichen regionalen Linienbündel“ entspricht am meisten dem Gelegenheitsverkehr und kann deshalb nach den Vorschriften über den Linienverkehr nicht genehmigt werden. Welcher Verkehrsart der von den Beigeladenen angebotene Verkehr entspricht, ist anhand einer wertenden Betrachtungsweise festzustellen (Nds.OVG, Urt. v. 19.09.2007 – 7 LC 208/04 – Rdnr. 35 <zitiert nach juris>). Für eine Nähe zum Linienverkehr spricht zwar, dass die sog. „Fahrgastfreiheit“, also die Möglichkeit eines Fahrgastzu- oder –ausstiegs an den Haltestellen, besteht und dass der Anrufbus – jedenfalls nach dem Inhalt der Genehmigungen – von und zu Haltestellen fährt, so dass der Fahrgast sowohl bei der Wahl des Abfahrortes als auch bei der Wahl des Zielortes auf einen Transport zwischen Haltestellen beschränkt ist und seine Zu- oder Ausstiegspunkte nicht frei wählen kann. Dass die Beförderungsleistungen zu einem durch Tarif vorab bestimmten Preis angeboten werden (§§ 45 Abs. 2, 39 Abs. 3 PBefG), verleiht dem Anrufbus noch eine Nähe zum Linienverkehr, zumal der Anrufbus – abgesehen von einem Zuschlag – zu den gleichen Konditionen in Anspruch genommen werden kann wie der Linienbus, wenngleich das Personenbeförderungsgesetz auch für den Gelegenheitsverkehr in der Form des Taxenverkehrs die Bestimmung von Beförderungsentgelten zulässt (§ 51 PBefG). Entscheidend gegen eine Nähe zum Linienverkehr spricht, dass dem Anrufbus das den Linienverkehr prägende Element einer Verbindung zwischen bestimmten Ausgangs- und Endpunkten fehlt (s. o.). Er verkehrt nicht auf einer Linie in dem Sinne, dass er zwischen einem bestimmten Ausgangs- und Endpunkt verkehrt und dazwischen liegende Haltestellen der Linie anfährt. Er verkehrt vielmehr zwischen den Linien. Nach dem Genehmigungsantrag ist nicht einmal erforderlich, dass die Haltestelle auf einer Linie desselben Linienbündels liegt.

Dagegen kann nicht mit Erfolg eingewandt werden, dass dem Anrufbusangebot im Verhältnis zu dem ebenfalls angebotenen festen Linienverkehr nur eine ergänzende Funk-

tion zukommt, so dass der angebotene Verkehr insgesamt dem Linienverkehr zuzuordnen ist. Ob der Anrufbus am meisten dem Linienverkehr oder einer zugelassenen oder nicht zugelassenen Form des Gelegenheitsverkehrs entspricht, ist nicht im Wege einer Gesamtbetrachtung danach zu beurteilen, ob der auf einer Linie angebotene Verkehr überwiegend durch regelmäßig verkehrende Linienbusfahrten und nur zu einem kleineren Anteil über den Anrufbus erfolgt, sondern danach, welcher Verkehrsart der Anrufbus selbst am meisten entspricht. Dafür spricht auch § 8 Abs. 2 PBefG, wonach öffentlicher Personennahverkehr auch der Verkehr mit Taxen oder Mietwagen ist, der den Linienverkehr ersetzt, ergänzt oder verdichtet. Würde eine im Gesetz nicht vorgesehene Form des Gelegenheitsverkehrs über § 2 Abs. 6 PBefG als Ersatz oder Ergänzung des Linienverkehrs zugelassen, so würde dies dem Zweck des § 8 Abs. 2 PBefG zuwider laufen, der die Ersetzung, Ergänzung und Verdichtung des Linienverkehrs gerade dem Verkehr mit Taxen oder Mietwagen vorbehält. Auch die landesgesetzlichen Regelungen in den §§ 2 Abs. 1, 8 Abs. 5 Satz 1 ÖPNVG LSA rechtfertigen keine andere Deutung. § 2 Abs. 1 Satz 1 ÖPNVG LSA bestimmt lediglich, dass öffentlicher Personennahverkehr die allgemein zugängliche Beförderung von Personen mit Verkehrslinien einschließlich der flexiblen Bedienformen ist, die überwiegend dazu bestimmt sind, die Verkehrsnachfrage im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr zu befriedigen. Diese Regelung knüpft lediglich an die bundesrechtlich durch die Bestimmungen des Personenbeförderungsgesetzes vorgesehenen Verkehrsformen und -arten an und setzt ihre Genehmigungsfähigkeit nach Maßgabe der insoweit abschließenden bundesrechtlichen Vorschriften voraus. Sie sind weder dazu bestimmt noch geeignet, die bundesgesetzlichen Genehmigungsvoraussetzungen zu modifizieren oder zu erweitern. Entsprechendes gilt, soweit für die Verteilung zweckgebundener Zuweisungen des Landes an die Aufgabenträger in § 8 Abs. 5 Satz 1 ÖPNVG LSA wegen der Bemessung des Investitionsanteils darauf abgestellt wird, ob im Betrachtungszeitraum mindestens 80 v. H. der Fahrleistungen der Busse und Fahrzeuge für flexible Bedienformen mit Fahrzeugen erbracht wurden, die zum Zeitpunkt der Beschaffung bestimmte Abgasnormen erfüllen.

Ferner handelt es sich bei dem als Linienverkehr genehmigten Anrufbus nicht um besonders gelagerte Einzelfälle i. S. d. § 2 Abs. 6 PBefG. Die Genehmigungsfähigkeit nach § 2 Abs. 6 PBefG entfällt bei Verkehren, die – wie hier – auf Dauer angelegt sind (vgl. Fielitz/Grätz, PBefG, zu § 2 Rdnr. 27). Zudem wird der Anrufbus ausweislich der den Anträgen beigefügten Fahrplänen (BA D, Bl. 140132 ff. und BA E, Bl. 110078 ff.) und nach der der Beigeladenen erteilten Linienverkehrsgenehmigung auf sämtlichen Linien – auf einzelnen Linien im Linienbündel an Wochenenden ausschließlich – eingesetzt. Handelt es sich nicht um besonders gelagerte Einzelfälle i. S. d. § 2 Abs. 6 PBefG, so ist die Entscheidung über die Zulassung eines Verkehrs, der nicht sämtliche Merkmale einer Verkehrsart oder -form aufweist, der Exekutive entzogen und dem Ordnungsgeber überantwortet, der unter den Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 Nr. 8 PBefG eine allgemeine Befreiung für bestimmte, im Rahmen des Gesamtverkehrs nicht besonders ins Gewicht fallende Beförderungsfälle erteilen kann.

Der Senat verkennt nicht, dass es namentlich im siedlungsschwachen ländlichen Raum und für Schwachverkehrszeiten ein praktisches Bedürfnis für die Zulassung geben mag. Indes liegt der gesetzlichen Beschränkung zugelassener Verkehrsformen des Linienverkehrs zugrunde, dass die Zulassung von anderen Verkehrsformen des Gelegenheitsverkehrs unter dem Mantel des Linienverkehrs zu einer die öffentlichen Verkehrsinteressen berührenden Beeinträchtigung der in den §§ 46 ff. PBefG zugelassenen Formen des Gelegenheitsverkehrs mit sich bringen kann. Ob der angebotene Verkehr zur praktischen Erprobung neuer Verkehrsarten oder Verkehrsformen nach Maßgabe des § 2 Abs. 7 PBefG befristet auf vier Jahre hätte zugelassen werden können, bedarf keiner Entscheidung, weil die angefochtene Genehmigung nicht auf § 2 Abs. 7 PBefG gestützt ist, und angesichts der Geltungsdauer der erteilten Genehmigung von sechseinhalb Jahren auch nicht hätte gestützt werden können.

Ist der Anrufbus als Linienverkehr entgegen der Auffassung der Beteiligten nicht genehmigungsfähig, so ist der Annahme des Beklagten, das Verkehrsangebot widerspreche nicht den öffentlichen Verkehrsinteressen i. S. d. § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG die Grundlage entzogen. Ist der Behörde wegen der Bewertung von öffentlichen Verkehrsinteressen ein Beurteilungsspielraum eröffnet, so ist die Entscheidung, ob und in welchem Maße der mit einem Genehmigungsantrag angebotene Verkehr geeignet ist, eine ausreichende Verkehrsbedienung zu ermöglichen, rechtsfehlerhaft, wenn sie – wie hier – bei einem den Genehmigungsantrag mitprägenden Element zu Unrecht von einer Genehmigungsfähigkeit ausgeht.

3) Erfolg indes hat die Berufung, soweit die Klägerin mit dem weiter hilfsweise gestellten Antrag einen Anspruch auf erneute Bescheidung ihres Genehmigungsantrages vom 30. April 2008 und die Aufhebung der der Beigeladenen erteilten Genehmigung verfolgt. Die Ablehnung des von der Klägerin beantragten Verwaltungsaktes und die der Beigeladenen erteilte Genehmigung für das Linienbündel sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten (§ 113 Abs. 5 Satz 1 und Abs. 1 Satz 1 VwGO).

a) Das folgt zum einen aus dem Umstand, dass der Beklagte bei der Bewertung der Anträge der Klägerin, der Beigeladenen und des weiteren Antragstellers SCALAR jeweils zu deren Gunsten zu Unrecht den Anrufbus (von der Klägerin als Rufbus bezeichnet) als genehmigungsfähigen Linienverkehr nach den §§ 42, 2 Abs. 6 PBefG angesehen hat (s. o.).

b) Zudem sind die Ablehnung der beantragten Genehmigung und die Erteilung der Genehmigung an die Beigeladene bereits deshalb rechtswidrig, weil der Beklagte das Altunternehmerprivileg, auf das sich die Klägerin berufen kann, nicht angemessen berücksichtigt hat.

Ist ein Verkehr von einem Unternehmer jahrelang in einer dem öffentlichen Verkehrsinteresse entsprechenden Weise bedient worden, so ist dieser Umstand im öffentlichen Personennahverkehr unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 PBefG angemessen zu berücksichtigen (§ 13 Abs. 3 PBefG). Da die jahrelange Bedienung angemessen zu berücksichtigen ist, ist der Behörde kein Ermessen eingeräumt, ob sie diesen Umstand berücksichtigen möchte. Entgegen der Auffassung des Beklagten gilt das auch für den Fall, dass andere Teilnehmer am Genehmigungswettbewerb bessere Verkehrsangebote unterbereitet haben. § 13 Abs. 3 PBefG stellt die Pflicht zur angemessenen Berücksichtigung nicht unter den Vorbehalt, dass der Altunternehmer mit seinem Antrag ein im Wesentlichen gleich gutes Verkehrsangebot gewährleistet. Soweit das Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt im Widerspruchsbescheid für seine gegenteilige Auffassung auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 02. Juli 2003 – 3 C 46.02 – verweist, geht dies nach Auffassung des Senats fehl. Dort findet sich zwar der Hinweis, dass in den Fällen, in denen früher erfolgreiche Bewerber sich erneut um eine Genehmigung bemühen, der neue Bewerber wegen § 13 Abs. 3 PBefG das „bessere Angebot“ machen müsse, um sich gegenüber einem Altkonzessionär durchzusetzen (BVerwG, a. a. O., Rdnr. 17 <zitiert nach juris>). Damit ist indes nur verdeutlicht, dass sich ein Altunternehmer mit einem besseren Angebot gegenüber dem neuen Bewerber durchsetzt. Daraus kann nicht im Umkehrschluss gefolgert werden, dass sich der Altkonzessionär mit einem schlechteren Angebot nicht auf das Altunternehmerprivileg berufen kann. Legt der Altkonzessionär ein besseres Angebot vor, so bedarf er des Schutzes durch § 13 Abs. 3 PBefG im Regelfall ohnehin nicht, weil er sich allein wegen des überlegenen Antrages durchsetzen wird. Erst wenn der neue Bewerber mit seinem Genehmigungsantrag ein annähernd gleiches oder besseres Verkehrsangebot unterbreitet, kommt § 13 Abs. 3 PBefG zum Tragen in dem Sinne, dass die Behörde dem neuen Bewerber nicht allein deshalb die Genehmigung erteilen kann, weil der Altkonzessionär mit seinem Angebot hinter dem des neuen Bewerbers zurückbleibt. Vielmehr ist die Behörde in diesem Falle von Gesetzes wegen verpflichtet, bei der Ausübung des Auswahlermessens neben den Ergebnissen der Bewertung der Genehmigungsanträge in der Abwägung angemessen zu berücksichtigen, dass der bisherige Inhaber der Genehmigung den Verkehr jahrelang in einer dem öffentlichen Verkehrsinteresse entsprechenden Weise bedient hat. Das Kriterium der jahrelangen erfolgreichen Verkehrsbedienung ist eine Ausprägung des im Gewerberecht bekannten Grundsatzes "bekannt und bewährt" und entspricht dem berechtigten Verkehrsinteresse, bei der Erteilung einer neuen Genehmigung denjenigen zu bevorzugen, der in Jahren bewiesen hat, dass er den fraglichen Verkehr ordnungsgemäß betreibt (BVerwG, Urt. v. 19.10.2006 – 3 C 33.05 – Rdnr. 47 <zitiert nach juris>). Darüber hinaus dient die Regelung auch dem Schutz des Besitzstandes. Die für die Durchführung eines rechtmäßigen Linienvverkehrs getätigten Investitionen sollen nicht ohne Not entwertet werden (BVerwG, a. a. O., m. w. N.).

Das heißt nicht, dass sich der neue Bewerber auch mit einem besseren Angebot nicht gegenüber dem bisherigen Genehmigungsinhaber durchsetzen kann. Denn § 13 Abs.

3 PBefG verlangt zwingend nur, dass die schutzwürdigen Interessen des bisherigen Genehmigungsinhabers angemessen berücksichtigt werden. Das heißt nicht, dass sich diese schutzwürdigen Interessen in der Abwägung mit den öffentlichen Verkehrsinteressen und unter Berücksichtigung eines besseren Angebots eines neuen Bewerbers auch durchsetzen können. Denn die Regelung verlangt nur eine angemessene Berücksichtigung. Mit welchem Gewicht die Interessen des bisherigen Genehmigungsinhabers in die Abwägung einzustellen sind, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab.

Da die Auswahlentscheidung bei konkurrierenden Anträgen auf Erteilung einer Linienverkehrsgenehmigung eine Ermessensentscheidung ist (BVerwG, Urt. v. 19.10.2006 – 3 C 33.05 – Rdnr. 50 <zitiert nach juris>), hat die Behörde ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung entspricht es, die Auswahlentscheidung daran auszurichten, welcher der konkurrierenden Antragsteller die öffentlichen Verkehrsinteressen (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG) am besten bedient. Dabei ist das Altunternehmerprivileg angemessen zu berücksichtigen. Um die Interessen des bisherigen Genehmigungsinhabers angemessen berücksichtigen zu können, muss die Behörde die schutzwürdigen Belange ermitteln und diese bei der Abwägung mit dem ihnen zukommenden Gewicht berücksichtigen und abwägen. Das hat der Beklagte mit dem Ablehnungsbescheid vom 12. Juni 2008 nicht getan. Er hat ausgeführt, ein Besitzstand sei „nur angemessen zu berücksichtigen, dass heißt, das Altunternehmerprivileg kommt nur zum Tragen, wenn der Antrag des Altunternehmers ein ebenso gutes Angebot“ beinhalte. Der Beklagte hat sich damit von der unzutreffenden Annahme leiten lassen, der Altunternehmer könne sich auf der Grundlage des § 13 Abs. 3 PBefG nur durchsetzen, wenn er ein annähernd gleiches Angebot macht. Soweit die Widerspruchsbehörde unter Bezugnahme auf den Beschluss des Verwaltungsgerichts Dessau-Roßlau vom 14. August 2008 – 2 B 93/08 DE – weiter ausführt, angesichts des Punktevorsprungs könne nicht davon ausgegangen werden, dass sich Altunternehmerprivileg „offensichtlich durchsetzen müsse“, ist dies nicht hilfreich, weil sich die Behörde damit auf den Maßstab bezieht, den das Verwaltungsgericht bei der Prüfung herangezogen hat, ob der bisherige Genehmigungsinhaber im Wege der einstweiligen Anordnung (§ 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO) eine einstweilige Erlaubnis i. S. d. § 20 Abs. 1 PBefG erstreiten kann. Die einstweilige Anordnung, mit der die Hauptsache teilweise vorweggenommen wird, ergeht nur, wenn der Anordnungsanspruch mit hoher Wahrscheinlichkeit begründet ist. In diesem Zusammenhang ist es richtig, wenn das Verwaltungsgericht feststellt, dass sich ein schlechteres Angebot des bisherigen Genehmigungsinhabers aufgrund des Altunternehmerprivilegs nicht offensichtlich durchsetzen muss. Hier indes, bei der Ablehnung einer Genehmigung bzw. der Erteilung der Genehmigung an den neuen Bewerber nach § 13 PBefG, ist der Prüfungsmaßstab ein anderer. Hier ist der Behörde mit § 13 Abs. 3 PBefG zwingend vorgegeben, dass sie das Altunternehmerprivileg angemessen zu berücksichtigen hat.

Da die Behörde den Umstand, dass die Klägerin den Verkehr jahrelang in einer den öffentlichen Verkehrsinteressen entsprechenden Weise betrieben hat, entgegen § 13 Abs. 3 PBefG bei der Abwägung im Rahmen der Ausübung ihres Auswahlermessens nicht – und damit auch nicht angemessen – berücksichtigt hat, ist die Ablehnung des Genehmigungsantrages der Klägerin vom 30. April 2008 ebenso rechtswidrig wie die Erteilung der Linienverkehrsgenehmigung an die Beigeladene.

4) Die Berufungen des Beklagten und der Beigeladenen bleiben ohne Erfolg, weil die Genehmigung des Antrages der Beigeladenen bereits aus den o. g. Gründen rechtswidrig ist.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 VwGO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO, §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision wird gemäß § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zugelassen, weil der Frage der Genehmigungsfähigkeit eines sog. Anrufbusses auf der Grundlage der §§ 13, 42, 2 Abs. 6 PBefG grundsätzliche Bedeutung beizumessen ist.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g :

Den Beteiligten steht die Revision an das Bundesverwaltungsgericht zu. Die Revision ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteiles bei dem

Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt,
Breiter Weg 203 - 206, 39104 Magdeburg,

schriftlich einzulegen. Die Revisionsfrist ist auch gewahrt, wenn die Revision innerhalb der Frist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig, eingelegt wird. Die Revision muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteiles zu begründen. Die Begründung ist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig, einzureichen. Die Begründungsfrist kann auf einen vor ihrem Ablauf gestellten Antrag von dem Vorsitzenden verlängert werden. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben.

Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind nur Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen

Wirtschaftsraum oder der Schweiz mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Vor dem Bundesverwaltungsgericht sind auch die in § 67 Absatz 2 Satz 2 Nr. 5 VwGO bezeichneten Organisationen einschließlich der von ihnen gebildeten juristischen Personen gemäß § 67 Absatz 2 Satz 2 Nr. 7 VwGO als Bevollmächtigte zugelassen, jedoch nur in Angelegenheiten, die Rechtsverhältnisse im Sinne des § 52 Nr. 4 VwGO betreffen, in Personalvertretungsangelegenheiten und in Angelegenheiten, die in einem Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder früheren Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern im Sinne des § 5 ArbGG stehen, einschließlich Prüfungsangelegenheiten. Die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Bevollmächtigten müssen durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln. Ein Beteiligter, der hiernach zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechtes einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechtes einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen. Diplom-Juristen, die nach dem 3. Oktober 1990 im höheren Verwaltungsdienst beschäftigt wurden, stehen insoweit einer Person mit Befähigung zum Richteramt gleich.

Bei dem Bundesverwaltungsgericht können in allen Verfahrensarten auch elektronische Dokumente nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesverwaltungsgericht und beim Bundesfinanzhof eingereicht werden.

Bei dem Obergerverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt können in allen Verfahrensarten auch elektronische Dokumente nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr bei den Gerichten und Staatsanwaltschaften des Landes Sachsen-Anhalt (ERVVO LSA) eingereicht werden.

Engels

Roewer

Semmelhaack