

# InfrastrukturRecht

## Energie · Verkehr · Abfall · Wasser

### Geschäftsführende Herausgeber

Prof. Dr. Christian Theobald  
BBH  
Dr. Andreas Zuber  
Verband kommunaler Unternehmen e.V. (VKU)

### Herausgeber

RiBVerfG Prof. Dr. Gabriele Britz  
Bundesverfassungsgericht  
Andreas Gentzsch  
Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.  
(BDEW)  
Prof. Christian Held  
BBH, Europäischer Verband der unabhängigen Strom-  
und Gasverteilerunternehmen (GEODE)  
Prof. Dr. Georg Hermes  
Universität Frankfurt a.M.  
Folkert Kiepe  
Beigeordneter a.D. Deutscher Städtetag  
Prof. Dr. Christian Koenig  
Universität Bonn  
Holger Lösch  
Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI)  
Prof. Dr. Jürgen Kühling  
Universität Regensburg, Mitglied der Monopol-  
kommission  
Dr. Christiane Nill-Theobald  
TheobaldConsulting  
Detlef Raphael  
Deutscher Städtetag  
Prof. Dr. Jens-Peter Schneider  
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg  
Adolf Topp  
AGFW | Der Effizienzverband für Wärme, Kälte und  
KWK e.V.  
Oliver Wolff  
Verband Deutscher Verkehrsunternehmen e.V. (VDV)

### Inhaltsverzeichnis

#### Beiträge

<i>M. Faber:</i> Die Integration neuer digitaler Mobilitätsangebote in das PBefG – ein Lösungsvorschlag und zugleich eine Antwort auf das Eckpunktepapier des BMVI	122
<i>C.-J. Hauf/M. Baumgartner:</i> Verkehrsbereich Eisenbahn: Gefangen im Modell – die BNetzA und die Genehmigung von Trassenpreisen (Teil 1)	127

#### Energie

<i>EuGH:</i> Zahlung für Übertragungsdienste als unzulässige Abgabe gleicher Wirkung	130
<i>BGH:</i> Gewinnabführungsvertrag	131
<i>BGH:</i> Zur Rechtmäßigkeit der Festlegung von Eigenkapitalzinssätzen	133
<i>BGH:</i> Zur Reichweite der Karenzzeitenregelung des § 10c V EnWG	134
<i>LG Leipzig:</i> Zur Abfrage von Nebenangeboten im Konzessionierungsverfahren	135

#### Verkehr

<i>EuGH:</i> Teilnahme eines internen Betreibers nach Art. 5 II Verordnung (EG) Nr. 1370 an wettbewerblichem Vergabeverfahren im öffentlichen Personenverkehr bei vorhandener Altbetrauung	136
<i>BVerfG:</i> Kfz-Kennzeichenkontrollen 2	137

#### Abfall

<i>OVG Münster:</i> Überwiegendes öffentliches Interesse i. S. d. § 17 III KrWG gegen gewerbliche Abfallsammlung	138
--	-----

#### Spartenübergreifendes

<i>BGH:</i> Zum Anscheinsbeweis betreffend die konkrete Kartellbetroffenheit und den kausalen Schadenseintritt bei einem Quoten- und Kundenschutzkartell	140
<i>LG Stuttgart:</i> Zur sekundären Darlegungslast des mutmaßlich Kartellgeschädigten im Rahmen des Passing-on-Einwandes	142
<i>VG München.:</i> FFH-Gebiete fallen nicht unter das naturschutzrechtliche Vorkaufrecht aus Art. 39 BayNatSchG	143

In Zusammenarbeit mit der  
Neuen Juristischen Wochenschrift

Nr. 5 • 13. Mai 2019

16. Jahrgang

Mit Internet-Volltext-Service [www.IR.beck.de](http://www.IR.beck.de) der besprochenen Entscheidungen

Verlag C.H.BECK München und Frankfurt a.M.

## Beiträge

### Die Integration neuer digitaler Mobilitätsangebote in das PBefG – ein Lösungsvorschlag und zugleich eine Antwort auf das Eckpunktepapier des BMVI

Dr. Markus Faber, Düsseldorf\*

*In der Landschaft des Verkehrssektors lässt sich eine zunehmende Anzahl von Akteuren und Anbietern flexibler, digital gesteuerter Angebotsformen wahrnehmen. Die Strategien der verschiedenen Anbieter sind dabei z. T. unterschiedlich. Gemein ist ihnen im Wesentlichen, dass über digitale Endgeräte eingehende Fahrtwünsche erfasst werden und diese Wünsche durch entsprechend flexible Fahrangebote für die anfragende Person oder Personengruppe („On-Demand“) abgebildet werden, i. d. R. verbunden mit dem Ziel einer algorithmusgesteuerten Bündelung („Pooling“) von in zeitlicher und räumlicher Nähe (im Hinblick auf Ausgangspunkt und Ziel) zueinander stehender Beförderungswünsche. Zum Teil sehen sich die Angebote als Teil bzw. als Ergänzung zum klassischen ÖPNV, z. T. agieren die Anbieter aber eher als Ergänzung bzw. Weiterentwicklung von Gelegenheitsverkehren. Im nachfolgenden Beitrag soll nun untersucht werden, inwieweit das Personenbeförderungsgesetz (PBefG) in Anbetracht dieser Entwicklung noch einen angemessenen rechtlichen Rahmen darstellt, wie in diesem Kontext das jüngste Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) zu bewerten ist und welche rechtspolitischen Änderungen im Regelungssystem des PBefG in diesem Zusammenhang sinnvoll wären.*

#### I. Ausgangslage im PBefG

Gegenwärtig gibt es noch keine Regelung oder konkret absehbare Änderung im PBefG speziell für solche neuen digitalen Mobilitätsangebote. Ob eine solche Anpassung wirklich erforderlich ist, wird in der Praxis unterschiedlich gesehen. Von privaten Akteuren, insbesondere aus den Reihen der Anbieter solcher Mobilitätsangebote, wird dies z. T. bejaht, vonseiten der kommunalen Aufgabenträger einschließlich der kommunalen Spitzenverbände wird dies mit einer gewissen Zurückhaltung gesehen. Der Text im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD auf Bundesebene tendiert dazu, solche neuen digitalen Mobilitätsangebote mit einer Gesetzesänderung in den Rechtsrahmen integrieren zu wollen: „Wir wollen Ruf- und Bürgerbusse stärken und etwaige Regelungshindernisse beseitigen. Wir wollen digital organisierte private Mitfahrgelegenheiten unterstützen (insbesondere von Pendlern). Wir werden das Personenbeförderungsgesetz mit Blick auf neue digitale Mobilitätsangebote modernisieren. Wir wollen einen Rechtsrahmen für das autonome Fahren schaffen [...]“<sup>1</sup>.

#### II. Eckpunkte für eine Novellierung des Personenbeförderungsgesetz

Im 1. Quartal 2019 hat das BMVI „Eckpunkte für eine Novellierung des Personenbeförderungsgesetzes“ vorgelegt. Das Papier wird als sog. „Non-Paper“ vonseiten des Ministeriums behandelt, ist jedoch umfangreich den verschiedenen Akteuren im ÖPNV-Sektor zugeleitet worden; eine offizielle Publikation ist jedoch nicht erfolgt<sup>2</sup>. Die Eckpunkte sollen einer Modernisierung des PBefG unter dem Stichwort der Digitalisierung dienen. Das Eckpunktepapier enthält Aussagen zu einer Genehmigungspflicht für die digitale Vermittlung, die Einordnung von „Ride-Pooling“-Angeboten im ÖPNV als Linienverkehr sowie verschiedene Regelungen insbesondere in Bezug auf den Verkehr mit Mietwagen (Aufhebung des Poolingverbots, Abschaffung der Rückkehrpflicht, Möglichkeit zur digitalen Erfassung der Eingänge von Beförderungsaufträgen). Insgesamt ist dieses Papier von einer deutlichen Tendenz hin zur Öffnung für digital gesteuerte Mobilitätsangebote getragen, wobei der Schwerpunkt offensichtlich eher auf den Bereich einer Konkurrenzierung des klassischen Taximarktes als auf eine Ergänzung des ÖPNV-Marktes hinausläuft. Wie die einzelnen Regelungen im Hinblick auf den hier zu eruiierenden Untersuchungsgegenstand einzuordnen sind, wird unten unter V. noch zu erörtern sein.

#### III. Rechtliche Ausgangslage im gegenwärtigen PBefG

Vor dem Hintergrund einer solchen Diskussion, aber auch vor dem Hintergrund möglicher Chancen und Risiken einer – wie auch immer formulierten – Änderung des PBefG lohnt sich insoweit zunächst ein Blick auf den gegenwärtigen Rechtsrahmen.

\* Der Autor ist Hauptreferent für Wirtschaft und Verkehr beim Landkreistag NRW und seit Jahren mit Fragen zum Personenbeförderungsgesetz, zur Finanzierung von Verkehren im ÖPNV und zur Digitalisierung im Verkehrssektor befasst. Der Autor gibt in diesem Beitrag nur seine persönliche Auffassung wieder.

1 Rn. 2138 ff des Koalitionsvertrages von CDU/CSU und FDP zur 19. Legislaturperiode.  
2 Entsprechend gibt es keine offizielle Fundstelle vonseiten des BMVI; das Papier kann aber auf verschiedenen verbandlichen Internetseiten heruntergeladen werden.

#### Wie kann ich alle nachfolgenden Entscheidungen und Dokumente der IR abrufen?

- Unter [www.ir.beck.de](http://www.ir.beck.de) gelangt man auf die Homepage der IR
- Neu ab 1.1.2018 IRDirekt – nach Freischaltung und Login haben Sie Zugriff auf:  
alle IR-Ausgaben seit 2004  
die in der IR enthaltenen Entscheidungen im Volltext der BeckRS-Fassungen sowie darüber hinaus weitere Volltexte unter dem Menüpunkt „Weitere Dokumente“  
häufig in der IR zitierte Normen
- Sie haben Fragen zur Freischaltung?  
Tel.: 089/38189-747, Fax: 089/38189-297  
E-Mail: [beck-online@beck.de](mailto:beck-online@beck.de)

## 1. Genehmigungspflicht und Typenzwang

Gemäß § 1 I PBefG obliegt den Vorschriften dieses Gesetzes die entgeltliche oder geschäftsmäßige Beförderung von Personen mit Straßenbahn, Oberleitungsbussen (O-Bussen) und mit Kraftfahrzeugen. In § 2 I PBefG wird geregelt, dass, wer i. S. d. § 1 I mit Straßenbahn, O-Bussen, Mietkraftfahrzeugen im Linienverkehr oder mit Kraftfahrzeugen im Gelegenheitsverkehr Personen befördert, im Besitz einer Genehmigung sein muss. Hieraus ist zu folgern, dass grundsätzlich für alle Verkehre, die gem. § 1 I PBefG in den sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, eine Genehmigungspflicht gilt. Damit korreliert nach herrschender Auffassung in der Literatur ein sog. Typenzwang im Personenbeförderungsrecht. Da die Voraussetzungen für die einzelnen Typen von Verkehren, für die eine Genehmigung erteilt werden kann, im PBefG abschließend aufgeführt werden, müssen Unternehmen, die eine entgeltliche oder geschäftsmäßige Beförderung von Personen mit Straßenbahn, mit O-Bussen oder Kraftfahrzeugen vornehmen wollen, grundsätzlich die materiellen Voraussetzungen eines der im PBefG geregelten Typen von Verkehren erfüllen.

Die zwingenden Typen für Verkehre nach dem PBefG lassen sich schematisch wie folgt aufgliedern (wobei die Typen des Linienverkehrs und des Gelegenheitsverkehrs hier als Hauptgruppen gelten sollen):

Linienverkehr (§§ 9 PBefG, 42 PBefG):

- Verkehr mit Straßenbahn
- Verkehr mit O-Bussen
- Kraftfahrzeuge im Linienverkehr (hier wird noch differenziert zwischen allgemeinem Linienverkehr gem. § 42 PBefG und Sonderformen des Linienverkehrs gem. § 43 PBefG)

Gelegenheitsverkehr (§§ 9 PBefG, 46 PBefG):

- Verkehr mit Taxen (§ 47 PBefG)
- Ausflugsfahrten und Ferienziel-Reisen (§ 48 PBefG)
- Verkehr mit Mietomnibussen (§ 49 I PBefG)
- Verkehr mit Mietwagen (§ 49 IV PBefG)

## 2. Einordnung in das PBefG – Welche Typen von Verkehren kommen für neue digitale Mobilitätsangebote in Betracht?

Versucht man nunmehr zu analysieren, ob und ggf. welche der unter III. 1. genannten Typen von Verkehren für digitale Mobilitätsangebote einschlägig sein könnten, so ist hierbei zunächst an den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen (§ 42 PBefG), den Gelegenheitsverkehr in Form des Verkehrs mit Mietomnibussen (§ 49 I PBefG) und den Gelegenheitsverkehr in Form des Verkehrs mit Mietwagen (§ 49 IV PBefG) zu denken.

a) *Neue digitale Mobilitätsangebote und der Typus „Kraftfahrzeuge im Linienverkehr“ (§ 42 PBefG).* Nach § 42 PBefG ist der Linienverkehr eine zwischen bestimmten Ausgangs- und Endpunkten eingerichtete regelmäßige Verkehrsverbindung, auf der Fahrgäste an bestimmten Haltestellen ein- und aussteigen können. Er setzt nicht voraus, dass ein Fahrplan mit bestimmten Abfahrts- und Ankunftszeiten besteht oder Zwischenhalte eingerichtet sind.

Bei der Definition von bestimmten Ausgangs- und Endpunkten kann davon ausgegangen werden, dass hierunter auch eine sog. Ringverbindung verstanden werden kann, so dass Ausgangs- und Endpunkte deckungsgleich sein können. Auch der Begriff der regelmäßigen Verkehrsverbindung setzt nach herrschender Auffassung keine feste Vertaktung voraus, sondern lediglich, dass in regelmäßigen Abständen eine solche Verkehrsverbindung bedient wird; insofern kann auch ein hin und wieder durchgeführter Abruf (u. a. bekannt aus dem Bereich der Rufbus-Verbindungen) genügen. Etwas differenzierter ist jedoch im Hinblick auf neue digitale Mobilitätsangebote gerade die Definition einer bestimmten Haltestelle zu sehen, an der Fahrgäste ein- und aussteigen können. Neue digitale Mobilitätsangebote, insbesondere, wenn sie über digitale Endgeräte flexibel gesteuert werden, sollen gerade eine Flexibilität bei den Orten zum Einstieg und Ausstieg gewährleisten. Hier wird mittlerweile in der Praxis z. T. der Weg bestritten, eine Vielzahl „virtueller Haltestellen“ im Bedienungsgebiet einzurichten<sup>3</sup>. Offen ist in diesem Kontext indes noch die Fragestellung der Verkehrsverbindung, wenn infolge einer entsprechenden Anforderung mittels eines digitalen Endgerätes jeweils ein veränderter Fahrweg errechnet wird; hier geht ein Teil der Praxis offensichtlich davon aus, dass es ausreichend ist, entsprechende Wege zwischen den virtuellen Haltestellen darzustellen, die als regelmäßige Verkehrsverbindungen i. S. d. § 42 PBefG angesehen werden können.

Die Konsequenz dieses Vorgehens wäre, dass ein solcher Verkehr als Linienverkehr genehmigt werden könnte. Dies hat dann als Folgewirkung auch den Vorteil eines grundsätzlich ermäßigten Umsatzsteuersatzes in Höhe von 7 %. Allerdings würde ein solcher Verkehr als Linienverkehr auch umgekehrt unter den grundsätzlichen Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre nach § 8 IV PBefG fallen, es besteht grundsätzlich eine Bedienpflicht und zudem müsste hier – jedenfalls bei Hinzutreten konkurrierender Anbieter – auch ein Verbot der Doppelbedienung mitberücksichtigt werden. Zudem bestünde dann eine Genehmigungspflicht für die zur Anwendung kommenden Beförderungstarife.

b) *Neue digitale Mobilitätsangebote und der Typus „Verkehr mit Mietomnibussen“ (§ 49 I PBefG).* Als weiterer Verkehrstypus für die Einordnung neuer digitaler Mobilitätsangebote in das PBefG ist auch an den Gelegenheitsverkehr mit Mietomnibussen<sup>4</sup> gem. §§ 46, 49 I PBefG zu denken. Der Verkehr mit Mietomnibussen ist die Beförderung von Personen mit Kraftomnibussen, die nur im Ganzen zur Beförderung angemietet werden und mit denen der Unternehmer Fahrten ausführt, deren

3 Im gedachten Extremfall könnte an jedem Haus (jede Hausnummer) im Bedienungsgebiet eine „virtuelle Haltestelle“ eingerichtet werden.

4 Zu verstehen ist hierunter in Ansehung der §§ 1 I, 2 I PBefG die Beförderung in Mietomnibussen mit Fahrer.

Zweck, Ziel und Ablauf der Mieter bestimmt. Die Teilnehmer müssen ein zusammengehöriger Personenkreis und über Ziel und Ablauf der Fahrt einig sein.

An den genannten Voraussetzungen sieht man bereits, dass eine solche Definition nur schwer mit dem Gedanken der Bündelung verschiedener Fahraufträge in Einklang zu bringen ist. Selbst wenn man eine gebündelte Nachfrage verschiedener Personen für eine Fahrt noch als gemeinsames Bestimmen von Zweck, Ziel und Ablauf ansehen könnte, so dürfte es nur schwer zu begründen sein, dass die Teilnehmer in diesem Fall ein „zusammengehöriger Personenkreis“ wären.

c) *Neue digitale Mobilitätsangebote und der Typus „Gelegenheitsverkehr mit Mietwagen“ (§§ 46, 49 IV PBefG).* Eine dritte (in der Praxis durchaus vorkommende) Möglichkeit, neue digitale Mobilitätsangebote mit dem Typenzwang des PBefG in Einklang zu bringen, ist die Genehmigung als Gelegenheitsverkehr mit Mietwagen (§§ 46, 49 IV PBefG)<sup>5</sup>. Dabei ist der Verkehr mit Mietwagen die Beförderung von Personen mit Personenkraftwagen, die nur im Ganzen zur Beförderung angemietet werden und mit denen der Unternehmer Fahrten ausführt, deren Zweck, Ziel und Ablauf der Mieter bestimmt, und die nicht Verkehr mit Taxen nach § 47 PBefG sind. Mit Mietwagen dürfen nur Beförderungsaufträge ausgeführt werden, die am Betriebsitz oder in der Wohnung des Unternehmers eingegangen sind. Nach Ausführung des Beförderungsauftrags hat der Mietwagen unverzüglich zum Betriebsitz zurückzukehren, es sei denn, er hat vor der Fahrt von seinem Betriebsitz oder der Wohnung oder während der Fahrt fernmündlich einen neuen Beförderungsauftrag erhalten.

Hier besteht die Möglichkeit, dass im Rahmen neuer digitaler Mobilitätsangebote ein entsprechender Personenkraftwagen angemietet wird, und der Mieter Zweck, Ziel und Ablauf bestimmt. Offen bleibt aber, wie damit umzugehen ist, wenn unterschiedliche Fahrtwünsche mehrerer Kunden vorliegen und diese gebündelt werden sollen. Teilweise wird vertreten, dass eine einheitliche Bestimmung von Zweck, Ziel und Ablauf auch vorliegt, wenn einzelne Fahrgäste im Rahmen der Bündelung an unterschiedlichen Orten ein- und aussteigen. Diese Auffassung hat sich jedoch bislang nicht in größerem Maßstab in der Praxis durchgesetzt und würde auch eine sehr weite Dehnung der Tatbestandsvoraussetzungen darstellen.

Eine weitere Herausforderung in der Praxis ist zudem, dass nach Maßgabe des § 49 IV PBefG nur Beförderungsaufträge ausgeführt werden können, die am Betriebsitz oder in der Wohnung des Unternehmers eingegangen sind. Hier ist gegenwärtig nach herrschender Auffassung davon auszugehen, dass eine unmittelbare Weiterleitung an den Fahrer des Mietwagens ohne ein vorheriges Eingehen am Betriebsitz oder in der Wohnung des Unternehmens nicht ausreichend ist – für ein Eingehen reicht nach derzeit überwiegender Auffassung eine rein automatisierte Bearbeitung nicht aus<sup>6</sup>. Auch ist die sog. Rückkehrpflicht nach § 49 IV 3 PBefG zu berücksichtigen, wonach der Mietwagen nach Ausführung des Beförde-

rungsauftrages unverzüglich zum Betriebsitz zurückkehren muss, es sei denn, er hat vor der Fahrt von seinem Betriebsitz oder der Wohnung oder während der Fahrt fernmündlich einen Beförderungsauftrag erhalten. Sowohl die Beschränkung auf Aufträge, die zuvor am Betriebsitz oder der Wohnung des Unternehmens eingegangen sind, als auch die Rückkehrpflicht sind nach jüngster Rechtsprechung sowohl des *EuGH* als auch des *BGH* europa- wie verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Begriff der Fernmündlichkeit kann allerdings mittlerweile in teleologischer Auslegung auch auf digitale Übermittlungswege ausgedehnt werden. Im Ergebnis stellt die Rückkehrpflicht in der Praxis einen Schutz und eine Abgrenzung im Verhältnis zum Taxigewerbe dar, andererseits ist sie durchaus auch ein Hemmnis bei der Implementierung neuer, digitaler Angebotsformen.

#### IV. Ausnahmen vom strengen Typenzwang in der jetzigen Struktur des PBefG

Wenngleich zu konstatieren ist, dass die Praxis sich in vielen Fällen mit den Typen der Verkehrserbringung im Rahmen des PBefG zu arrangieren versucht, gibt es dennoch z. T. das Bedürfnis, Verkehre in bestimmten Fällen auch außerhalb der normierten Typen des PBefG zu organisieren (z. B. Weiterentwicklungen bestehender Typen, Öffnung für Innovationen). Dies gilt zumal die oben beschriebenen Typen der Verkehrserbringung im Hinblick auf neue digitale Verkehrsangebote jeweils auch – wie zuvor dargelegt – bestimmte Nachteile mit sich bringen würden. Das PBefG in seiner jetzigen Fassung sieht insoweit selbst bereits zwei Ausnahmetatbestände vom strengen Typenzwang vor: Einmal die „Ähnlichkeitsgenehmigung“ nach § 2 VI PBefG und einmal die „Erprobungsklausel“<sup>7</sup> nach § 2 VII PBefG.

##### 1. Die „Ähnlichkeitsgenehmigung“ gem. § 2 VI PBefG

Die Ähnlichkeitsgenehmigung gem. § 2 VI PBefG greift ein, wenn ein beantragter Verkehr nicht alle Merkmale einer Verkehrsart oder Verkehrsform erfüllt. Dann kann die Genehmigung nach den Vorschriften erfolgen, denen diese Beförderung am meisten entspricht, soweit öffentliche Verkehrsinteressen nicht entgegenstehen. Öffentliche Verkehrsinteressen in diesem Sinne können insbesondere die Interessen der Funktionsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit des ÖPNV sein oder auch die Interessen der Funktionsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit des bereits genehmigten Taxenverkehrs. Zudem ist zu beachten, dass es sich hier um eine „Kann-Regelung“ handelt, also die Genehmigungserteilung im Ermessen der Behörde steht. Darüber hinaus ist hier zu konstatieren, dass bereits auf der Tatbestandsebene ein weiter – und für die Beteiligten damit z. T. schwer vorhersehbarer – Auslegungsspiel-

5 Zu verstehen ist hierunter in Ansehung der §§ 1 I, 2 I PBefG die Beförderung in Mietwagen mit Fahrer.

6 Aber nicht unumstritten.

7 Beide Bezeichnungen sind so nicht ausdrücklich Bestandteil des Gesetzestextes, sollen hier aber im Weiteren Verwendung finden.

raum für die zuständige Behörde besteht. Auch ist nicht ganz klar, welche Genehmigungsbehörde zuständig ist, wenn es nach entsprechendem Landesrecht für die einzelnen Verkehrsarten (Taxigenehmigungen, Genehmigungen für Linienverkehre im öffentlichen Personenverkehr) unterschiedliche Genehmigungsbehörden gibt. Zum Teil wird darauf abgestellt, wer diejenige Genehmigungsbehörde für den Verkehr wäre, dem die Beförderung am meisten entspricht (und die entsprechende Genehmigung erteilen würde).

## 2. Die „Erprobungsklausel“ gem. § 2 VII PBefG

Ein weiterer Weg für die Genehmigung neuer digitaler Mobilitätsangebote abweichend von den Typen des PBefG ist die „Erprobungsklausel“ gem. § 2 VII PBefG. Zur praktischen Erprobung neuer Verkehrsarten oder Verkehrsmittel kann die Genehmigungsbehörde auf Antrag im Einzelfall Abweichungen von Vorschriften des PBefG (oder von aufgrund des PBefG erlassenen Vorschriften) für die Dauer von höchstens vier Jahren genehmigen, soweit öffentliche Verkehrsinteressen nicht entgegenstehen. Hier besteht grundsätzlich der weiteste Spielraum für Ausnahmen von den Typen des PBefG. Notwendig ist zwar grundsätzlich ein Erprobungscharakter, nach Wegfall der früheren Gesetzesformulierung „in besonders gelagerten Einzelfällen“ dürften jedoch auch großflächigere Erprobungen oder mehrfache Erprobungen an verschiedenen Orten noch unter diesen Tatbestand fallen. Allerdings ist zu beachten, dass auch eine solche Genehmigungserteilung nur im Ermessen der jeweiligen Genehmigungsbehörde steht. Zudem ist zu berücksichtigen, dass eine solche Genehmigung aufgrund der Erprobungsklausel nur für die Dauer von höchstens vier Jahren erteilt werden kann. Gerade dies könnte im Hinblick auf Investitionsentscheidungen bei Unternehmen mit neuen digitalen Mobilitätsangeboten zu einer gewissen Rechtsunsicherheit bezüglich der Investitionen und Geschäftsentwicklungen führen.

## 3. Quintessenz: Einordnung neuer digitaler Mobilitätsangebote als Ausnahmen vom strengen Typenzwang

Die vorgenannten Ausnahmetatbestände vom strengen Typenzwang bieten durchaus Raum, neue digitale Mobilitätsangebote in die gegenwärtige Struktur des PBefG zu integrieren. Dennoch darf nicht verkannt werden, dass § 2 VI und VII PBefG letztlich nur einen Ausnahmecharakter im PBefG haben. Dies erkennt man insbesondere daran, dass die Erteilung der entsprechenden Genehmigungen nur im Ermessen der jeweiligen Genehmigungsbehörde steht, dass die materiellen Voraussetzungen weit gefasst sind (und damit zugleich auch verkehrspolitisch-inhaltlich in Teilen wenig differenziert sind) und im Falle des § 2 VII PBefG auch einer zeitlichen Befristung unterliegen.

## V. Kritische Würdigung der Eckpunkte des BMVI für eine Novellierung des Personenbeförderungsrechts

Auch die Vorschläge in den Eckpunkten des *BMVI* vermögen insoweit nicht umfassend zu überzeugen.

## 1. „Ride-Pooling“ als Linienverkehr

Unter 1) b der Eckpunkte wird eine Einordnung von „Ride-Pooling“ Angeboten kommunaler Verkehrsunternehmen als Linienverkehr angeregt. Hier bleibt jedoch offen, ob dies hinreichend die unterschiedlichen, möglichen Angebotsformen flexibler, digital gesteuerter Angebote im Verkehrssektor abdeckt. Zudem ist zu bedenken, dass es in vielen Aufgabenträgergebieten, insbesondere außerhalb der Großstädte, keine umfassende Bedienung durch kommunale Verkehrsunternehmen gibt, die Verkehrsbedienung also auf eine konstruktive Zusammenarbeit mit privaten Anbietern angewiesen ist (hier ist insoweit nicht ersichtlich, ob diese Regelung all diese Fragestellungen abdeckt).

## 2. Aufhebung des Poolingverbotes für Mietwagen

Problematisch aus Sicht der kommunalen Verkehrsentwicklung wäre auch eine (pauschale) Aufhebung des Poolingverbots für Mietwagen, wie in 1) c des Eckpunktapiers vorgeschlagen. Hier würde im Grundsatz eine Konkurrenzierung der bestehenden Interessen auf dem kommunalen Verkehrsmärkten eröffnet, ohne dass es hierfür eine hinreichende Regulierung gebe. Zwar sieht das Eckpunktepapier einen Versagungsgrund für den Fall vor, dass die zuständige Verkehrsbehörde positiv feststellt und qualifiziert begründet, dass der beantragte Verkehr bestimmte verkehrliche (im Papier näher beschriebene) Interessen gefährdet und hierdurch die Funktionsfähigkeit des Linienverkehrs insgesamt bedroht wird. Hierbei sind aber zum einen die materiellen Voraussetzungen der Untersagung im Sinne einer Ausnahme von der Regel dergestalt eng gefasst, dass die Funktionsfähigkeit insgesamt bedroht sein muss, es also zu Ausfällen bei der Verkehrsbedienung von einer gewissen Erheblichkeit in einem Stadt- oder Kreisgebiet kommen muss. Zum anderen würde den kommunalen Aufgabenträgern ein recht umfangreicher Begründungs- und Darlegungsaufwand übertragen, der in der Praxis voraussichtlich zu einer Vielzahl von – oft langwierigen – gerichtlichen Auseinandersetzungen führen dürfte. Es steht zu befürchten, dass dieser Ausnahmegrund in der Praxis regelmäßig leerlaufen und es damit zu einer weitgehend uneingeschränkten Aufhebung des Poolingverbots für Mietwagen kommen würde.

## 3. Abschaffung der Rückkehrpflicht für Mietwagen

Schließlich geht auch die in 1) d des Eckpunktepapiers vorgeschlagene Abschaffung der Rückkehrpflicht für Mietwagen in der vorgeschlagenen Fassung fehl. Bei der Rückkehrpflicht für Mietwagen gem. § 49 IV 3 PBefG handelt es sich um ein wesentliches Abgrenzungsmerkmal des Mietwagenverkehrs zum Taxiverkehr. Während Taxen Fahrgäste überall im Konzessionsgebiet aufnehmen können, soll dies bei Mietwagen gerade verhindert werden. Im Gegenzug hierfür haben Taxen aber auch eine Beförderungspflicht und eine Tarifbindung (insoweit ist der Taximarkt stärker im Sinne eines „Quid pro quo“ reguliert); für Mietwagen gelten die Beförderungspflicht und Tarifbindung nicht. Auch das teilweise geäußerte Argument, die Rückkehrpflicht sei im Hinblick auf den Um-

weltschutz schädlich, weil hierdurch Leerfahrten generiert würden, überzeugt so nicht. Vielmehr kann die Rückkehrpflicht auch dazu dienen, ein Warten der Mietwagen auf neue Aufträge im Verkehrsraum zu vermeiden. Auch das in den Eckpunkten vorgesehene „Aufstellverbot“ in fahrgastreichen Bereichen wird voraussichtlich einer solchen weiten Marktöffnung kein wirksames regulatives Korrektiv entgegensetzen können, wälzt es doch wieder die verkehrliche Definition der Ausnahme von der (marktöffnenden) Regel und auch ein mögliches Prozessrisiko auf die Kommunen als Aufgabenträger und (für den Taximarkt) Genehmigungsbehörden<sup>8</sup> ab.

## VI. Rechtspolitische Forderungen im Hinblick auf eine mögliche Ergänzung des PBefG

Gegenwärtig besteht ein erhebliches Spannungsfeld in Bezug auf eine denkbare Weiterentwicklung des PBefG. Die Möglichkeiten der Digitalisierung und Flexibilisierung von Mobilitätsangeboten stehen in Deutschland z. T. vor der Herausforderung, einen verlässlichen Rahmen für die Erprobung im Verkehrssektor zu erreichen. Auf der anderen Seite darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass die Flexibilisierung der gesetzlich geregelten Formen der Verkehrserbringung nach dem bisherigen PBefG auch Risiken für den Verkehrssektor mit sich bringt, insbesondere für den klassischen ÖPNV. Rein kommerzielle Angebote in diesem Feld, insbesondere wenn sie selektiv nur die lukrativen Teilmärkte bedienen und in erster Linie auf eine Disruption bestehender Verkehrsangebote ausgerichtet sind (auch wenn dies oft primär in Richtung Taximarkt gerichtet ist), sind durchaus geeignet, öffentliche Verkehrsinteressen zu beeinträchtigen<sup>9</sup>. Hinzu kommt, dass ein offensiver Preiswettbewerb eine deutliche Konkurrenzierung der Angebote im öffentlichen Personennahverkehr nach sich ziehen kann. Dies ist insoweit kritisch zu sehen, da viele Angebote im öffentlichen Personennahverkehr praktisch von öffentlichen Zuwendungen und Ausgleichsleistungen abhängig sind, um ein qualitativ gutes und nachhaltiges Angebot für die Bürgerinnen und Bürger zu erreichen.

Vor diesem Hintergrund sollte bei jeder möglichen Änderung des PBefG im Hinblick auf neue digitale Mobilitätsangebote (die praktisch ihre größten Auswirkungen in der Verkehrsentwicklung im örtlichen oder regionalen Kontext haben) zunächst in grundsätzlicher Art und Weise darauf geachtet werden, dass eine starke und steuernde Stellung der Aufgabenträger im straßengebundenen ÖPNV (also i. d. R. der Kreise und kreisfreien Städte) gewahrt bleiben muss. Was in einer großen Metropole wie Köln oder Berlin funktioniert, kann in einer mittelgroßen Kommune oder gar in einem ländlich geprägten Kreis zu erheblichen Verwerfungen des Angebotsbestandes im ÖPNV (oder im Taxigewerbe) führen. Deshalb sollten die Instrumente so ausgestaltet werden, dass eine örtliche Differenzierung für eine mögliche Öffnung des PBefG vorgesehen werden kann. Dies kann durch die Instrumente der Nahverkehrsplanung abgedeckt werden, in Betracht kämen aber auch entsprechende Zustimmungsvorbehalte oder auch eine Verlagerung der Genehmigung solcher Verkehre grundsätzlich auf die Ebene der Kreise und kreisfreien Städte.

## VII. Ausgestaltungsvorschläge für eine Änderung des Personenbeförderungsrechts

Wenn denn wirklich eine Änderung des PBefG im Hinblick auf digitale Angebotsformen als erforderlich angesehen wird, müssten mögliche Änderungen mit Augenmaß, unter Abwägung der verschiedenen (insb. auch kommunalen) verkehrlichen Interessen und unter besonderer Berücksichtigung einer starken und steuernden Stellung der Aufgabenträger im straßengebundenen ÖPNV (aufgabenträgerbezogener Ansatz) vorgenommen werden. In Betracht kommen v. a. ergänzende Regelungen im PBefG in dreierlei Hinsicht:

### 1. Öffnung des Nahverkehrsplans für die Integration neuer digitaler Mobilitätsangebote

Zunächst müsste den Aufgabenträgern im straßengebundenen ÖPNV ein Instrumentarium zur Integration neuer digitaler Mobilitätsangebote an die Hand gegeben werden. Aufgrund der Komplexität dieser Fragestellungen und der engen und intensiven Wechselwirkungen mit den übrigen Verkehrsinteressen vor Ort wäre hierfür – unabhängig davon, ob es sich bei den neuen digitalen Mobilitätsangeboten um einen öffentlichen Personennahverkehr oder eine anderweitige Form der flexiblen Verkehrserbringung handelt – der Nahverkehrsplan gem. § 8 III 2 ff. PBefG der richtige Ort. Dies kann als integraler Bestandteil des Nahverkehrsplans oder als Anhang/Anlage zum Nahverkehrsplan umgesetzt werden. In Betracht käme eine ergänzende Formulierung wie folgt: „Der Nahverkehrsplan kann Aussagen zu flexiblen und bedarfsgesteuerten Mobilitätsangeboten, insbesondere unter Nutzung digitaler Abrufmöglichkeiten, enthalten; dies kann Aussagen zur Integration solcher Angebote in die bestehenden Verkehrsangebote vor Ort (Öffentlicher Personennahverkehr, Gelegenheitsverkehre) sowie Angaben zum Bedienungsgebiet, zur Bedienungshäufigkeit, zur Art und Weise des jeweiligen Mobilitätsangebotes, zu den Qualitätsanforderungen, zu den Umweltauflagen und zu der Berücksichtigung der Belange der in ihrer Mobilität und sensorisch eingeschränkten Menschen umfassen. Die entsprechenden Aussagen im Nahverkehrsplan können sich dabei auf rahmensetzende Vorgaben beschränken und Öffnungsklauseln für eine entsprechende technische oder wirtschaftliche Weiterentwicklung vorsehen.“

### 2. Mögliche Weiterentwicklung der Ähnlichkeitsgenehmigung in § 2 VI PBefG

Hier wäre zur besseren Verlässlichkeit und zur Verhinderung einer zeitraubenden Abstimmung zwischen Anbietern digitaler Mobilitätsangebote, Aufgabenträgern im straßengebundenen ÖPNV und Genehmigungsbehörden eine Klarstellung am Ende des § 2 VI PBefG mittels

<sup>8</sup> In den meisten Bundesländern sind die Kreise und kreisfreien Städte Genehmigungsbehörden für den Verkehr mit Taxen und für den Mietwagenverkehr.

<sup>9</sup> Hierauf weisen auch die ersten Erfahrungen mit solchen Angeboten in Großstädten in den USA hin. Dort war weniger ein Umstieg vom motorisierten Individualverkehr zu beobachten, als eine Konkurrenzierung von Fuß-, Rad- oder ÖPNV-Verkehren.

nachfolgender Formulierung sinnvoll: „Eine Genehmigung im Sinne des Satzes 1 soll erteilt werden, wenn der Aufgabenträger im straßengebundenen ÖPNV, in dessen Gebiet die Beförderung erfolgen soll, sein Einvernehmen erteilt und der beantragte Verkehr, der nicht alle Merkmale einer Verkehrsart oder Verkehrsform erfüllt, nicht den Vorgaben in einem Nahverkehrsplan im Sinne des § 8 Absatz 3 widerspricht.“

### 3. Ergänzungen im Bereich der Erprobungsklausel nach § 2 VII PBefG

Auch im Bereich der Erprobungsklausel nach § 2 VII PBefG ist daran zu denken, im Falle einer Erweiterung des PBefG eine zusätzliche Flexibilität im Hinblick auf neue digitale Mobilitätsangebote unter Berücksichtigung des Gestaltungsrechts des Aufgabenträgers vorzunehmen. Daher würde sich hier anbieten, in Abs. 7 nach dem jetzigen Satz 1 wie folgt zu formulieren: „Soweit sich eine neue Verkehrsart oder ein neues Verkehrsmittel im Sinne des Satzes 1 bewährt hat, soll die Genehmigungsbehörde diesen Verkehr auf Antrag dauerhaft genehmigen, soweit der Aufgabenträger im straßengebundenen ÖPNV, in dessen Gebiet die Beförderung erfolgen soll, sein Einvernehmen erteilt, und der beantragte Verkehr nicht den Vorgaben in einem Nahverkehrsplan im Sinne des § 8 Absatz 3 widerspricht.“

---

## Verkehrsbereich Eisenbahn: Gefangen im Modell – die BNetzA und die Genehmigung von Trassenpreisen (Teil 1)

*Dr. iur. Claus-Jürgen Hauf/Marc Baumgartner, Stuttgart\**

*Der von der BNetzA bislang vertretene Ansatz, dass für die Genehmigung von Trassenpreisen ausschließlich das ökonomische Modell von Ramsey-Boiteux anzuwenden ist, entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers. Die gesetzlichen Vorgaben erfordern nach Ansicht der Autoren ein komplexeres Vorgehen zur Ermittlung rechtskonformer Entgelte, um heterogene Rahmenbedingungen angemessen berücksichtigen zu können.*

### I. Einleitung

Seit dem Inkrafttreten des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG) und damit erstmals für das Trassenpreissystem (TPS) 2018 obliegt es der BNetzA, das vom Infrastrukturbetreiber beantragte Trassenentgelt einem Genehmigungsverfahren zu unterziehen. Derzeit ist das Genehmigungsverfahren für die dritte Fahrplanperiode abgeschlossen, wobei eine Vielzahl der genehmigten Entgelte, sei es von der DB Netz AG, sei es von Zugangsberechtigten, vor dem Verwaltungsgericht angefochten werden. Rechtskräftige Entscheidungen liegen noch nicht vor

und sind für absehbare Zeit auch nicht zu erwarten, womit die Rechtsunsicherheit anhält. Bei der Herleitung der Entgelthöhen stützt sich die DB Netz AG ebenso wie in der Überprüfung die BNetzA auf das wirtschaftswissenschaftliche Modell von Ramsey-Boiteux. Die Anwendung dieses Modells ist hingegen nicht vom Gesetzgeber vorgeschrieben. Dieser formuliert seine Anforderungen in § 36 ERegG flankiert von diverseren vor die Klammer gezogenen Kernkriterien. Nun hat sich im Zuge des dritten Genehmigungsverfahrens für das TPS 2020 erwiesen, dass die BNetzA in der Anwendung des Ramsey-Boiteux-Modells derart starr agiert, dass die Bedürfnisse der Zugangsberechtigten zum einen, damit aber auch die gesetzlichen Vorgaben zum anderen verletzt werden. Dieses Vorgehen bedarf dringlichst der Korrektur, die wohl nur noch auf gerichtlichem Wege erreicht werden kann. Dass bereits der Bereich des Schienengüterverkehrs durch erhebliche staatliche Zuwendungen stabilisiert werden musste, wengleich dies formal anders begründet wird, und dass die jährlichen Steigerungsraten der Trassenpreise des SPNV auf kurzfristige Initiative der Bundesländer hin gesetzlich begrenzt wurden, zeigt, dass die Theorie eines wirtschaftswissenschaftlichen Modells und die Praxis sichtbar auseinanderfallen. Ein aktueller Beschluss des OVG Münster gibt zudem Anlass, sich mit der Position der BNetzA kritisch auseinanderzusetzen. Am Beispiel des Marktsegmentes Charter/Nostalgie soll die Problematik vorliegend exemplarisch verdeutlicht werden.

### II. Rechtslage

Maßgeblich sind auf nationaler Ebene insbesondere die §§ 34–36 ERegG. Basis sind die durch das jeweilige Marktsegment erzeugten unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs gem. § 34 III ERegG. Darauf sind, um die vollständige Deckung der dem Betreiber der Schienenwege (BdS) entstehenden Kosten zu erzielen, Aufschläge auf der Grundlage effizienter, transparenter und nichtdiskriminierender Grundsätze zu erheben, wobei die bestmögliche Wettbewerbsfähigkeit der Marktsegmente zu gewährleisten ist (§ 36 I 1 ERegG). Vorgaben hinsichtlich der Segmentierung finden sich in § 36 II 2 ERegG i. V. m. Anlage 7 Nr. 1. Dabei hat gem. § 36 I 1 ERegG der BdS zu prüfen, inwieweit Aufschläge für bestimmte Marktsegmente in Betracht kommen. Abs. 2 S. 4 und 5 regeln das Verhältnis zwischen den Verkehrsdiensten Schienenpersonenverkehr und Schienengüterverkehr. In Abs. 2 S. 3 findet sich ein sog. Marktausschlusstest, wonach die erhobenen Entgelte nicht die Nutzung der Schienenwege durch Marktsegmente ausschließen dürfen, die mindestens die unmittelbaren Kosten des Zugbetriebes sowie eine Rendite, die der Markt tragen kann, erbringen können. Der Marktausschlusstest hat dabei eine doppelte Funktion: zum einen festzustellen, ob der Markt als Ganzes die Kosten tragen kann oder vielmehr der Staat einen prozentualen Anteil hierzu übernehmen muss<sup>1</sup>, und zum anderen, ob einzelne Marktsegmente den ihnen zugewiesenen Anteil tragen können oder ob deren Partizipation auf Grenzkostenniveau zzgl. einer (sofern möglich) Rendite zu beschränken ist. Aus dem Begriff „inwieweit“ i. S. d. § 36 II 2 ERegG wie auch aus der RL 2012/34 geht klar ein Regel-Ausnahme-Verhältnis im Hinblick auf die

---

\* Der Erstautor, Richter am Landgericht a. D., ist Gesellschafter der SVG (EIVU), Stuttgart, der Zweitautor ist Geschäftsführer der SVG, Stuttgart.

1 Werner, Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts 2015, S. 77.