



Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 19/3964

Landeshaus, Düsternbrooker Weg 70, 24105 Kiel

Mein Zeichen: L 203 - 67/19

Bearbeiter/in: Miriam Spyropoulos

An die
Fraktionsvorsitzende
der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Frau Eka von Kalben, MdL

Telefon (0431) 988-1138

Telefax (0431) 988-1250

miriam.spyropoulos@landtag.ltsh.de

– im Hause –

21. Februar 2020

nachrichtlich:
Herrn Dr. Andreas Tietze, MdL

Autozugverkehr Sylt

Sehr geehrte Frau von Kalben,

Sie haben den Wissenschaftlichen Dienst um die Erstellung eines Gutachtens zu verschiedenen Fragen betreffend den Autozugverkehrsdienst auf der Strecke zwischen Niebüll und Westerland gebeten.

Dem kommen wir gerne nach und nehmen wie folgt Stellung:

Inhaltsverzeichnis

A. Kann der Autozugverkehr auf der Strecke zwischen Niebüll und Westerland rechtlich als Schienenpersonennahverkehr eingeordnet werden? Auf welchem Weg könnte eine gerichtliche Entscheidung über eine entsprechende Einordnung durch das Land herbeigeführt werden?	4
I. Hintergrund der derzeitigen Einordnung der Autozugverkehrsdienste als SPFV	4
II. Schienengüter- oder Schienenpersonenverkehr	5
III. Abgrenzungskriterien zwischen SPNV und SPFV	8
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben	8
2. Einfachgesetzliche Definition des SPNV	9
3. Regelungsintention des Bundesgesetzgebers	10
a. § 2 Abs. 12 Satz 1 AEG: Hauptzweck des Verkehrsdienstes	11
b. § 2 Abs. 12 Satz 2 AEG: Zweifelsregelung	13
c. Zwischenergebnis	14
4. Vorschlag der Monopolkommission zur Abgrenzung	14
a. Gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistung	14
b. Eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen	16
c. Abgrenzung nach dem gesetzlich intendierten Wettbewerbsansatz	16
5. Ergebnis	17
IV. Sylter-Autozugverkehr als SPNV?	18
1. § 2 Abs. 12 Satz 1 AEG: Hauptzweck des Autozugverkehrsdienstes	18
a. Zweckbestimmung durch die DB Fernverkehr und RDC	18
b. Stadt- und Vorortverkehr	18
c. Regionalverkehr	19
d. Zwischenergebnis	21
2. § 2 Abs. 12 Satz 2 AEG: Zweifelsregelung	22
3. Ergebnis	23
V. Feststellung der Zugehörigkeit zum SPNV durch Hoheitsakt	23
1. Feststellung der Eisenbahneigenschaft nach § 2a Nr. 2 AEG	23
2. Gerichtliche Entscheidung	26
VI. Gesamtergebnis	29
B. Könnte das Land Schleswig-Holstein künftig die Erbringung eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen im Autozugverkehr zwischen Niebüll und Westerland dadurch unterbinden, dass diese Verkehrsleistungen als integraler Bestandteil der gemeinwirtschaftlichen Nahverkehrsleistungen im Netz West öffentlich ausgeschrieben werden und dem Auftragnehmer für den Autozugverkehr auf dieser Strecke ein ausschließliches Recht im Sinne der VO (EG) Nr. 1370/2007 gewährt wird?	29
I. Ausschreibung der Autozugverkehrsleistung	29

1. Rahmenbedingungen des Marktes im SPNV	30
2. Vergabe nach der VO (EG) Nr. 1370/2007	32
3. Öffentlicher Dienstleistungsauftrag nach Art. 2 lit. i) der VO (EG) Nr. 1370/2007	33
a. Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen nach Art. 2 lit. e) VO (EG) Nr. 1370/2007	34
b. Spezifikation gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nach Art. 2a VO (EG) Nr. 1370/2007	36
c. Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Hinblick auf den Autozugverkehrsdienst.....	37
d. Gewährung eines ausschließlichen Rechtes.....	39
4. Zwischenergebnis	40
II. Ausschluss eigenwirtschaftlicher Autozugverkehrsleistungen im Nahverkehr	40
1. Marktzugang im Eisenbahnverkehrsrecht	40
2. Eigenwirtschaftliche Nahverkehrsdienste	42
3. Vergleich zum Rechtsrahmen des Straßenpersonennahverkehrs.....	43
4. Zwischenergebnis	45
III. Gesamtergebnis	45
C. Könnte das Land Schleswig-Holstein der Deutschen Bahn den Betrieb des „Sylt Shuttle plus“ mit der Begründung untersagen, der Betrieb habe erhebliche negative Auswirkungen auf den allgemeinen Verkehr, die Umwelt und die Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr?	46
I. Betriebskonzept „Sylt Shuttle plus“	46
II. Ordnungsrahmen des SPFV	47
III. Möglichkeit einer Betriebsuntersagung des „Sylt Shuttle plus“	49
1. Änderung des AEG oder des ERegG?	50
2. Gesetzgebungskompetenz des Landes?	50
a. Ausschließliche Gesetzgebung	50
b. Konkurrierende Gesetzgebung.....	51
3. Zwischenergebnis	52
IV. Gesamtergebnis	53
D. Zusammenfassung der Ergebnisse	53

A. Kann der Autozugverkehr auf der Strecke zwischen Niebüll und Westerland rechtlich als Schienenpersonennahverkehr eingeordnet werden? Auf welchem Weg könnte eine gerichtliche Entscheidung über eine entsprechende Einordnung durch das Land herbeigeführt werden?

Fraglich ist, ob der Autozugverkehr auf der Strecke zwischen Niebüll und Westerland rechtlich als Schienenpersonennahverkehr (SPNV) qualifiziert werden kann. Die Verkehrsleistung wird derzeit durch die Deutsche Bahn AG dem Schienenpersonenfernverkehr (SPFV) zugeordnet (dazu unter I.). Zu prüfen ist, ob eine solche Einordnung auch rechtlich begründbar ist. Bevor jedoch eine Klassifizierung des Autozugverkehrsdienstes erfolgen kann, muss zunächst bestimmt werden, ob es sich bei dem Verkehrsdienst überhaupt um Personenverkehr handelt oder ob er wegen des Transports der Pkw als Güterverkehr eingeordnet werden muss (dazu unter II.). Anschließend wird aufgezeigt, anhand welcher Kriterien eine rechtliche Abgrenzung zwischen SPNV und SPFV erfolgt (dazu unter III.). Nach Maßgabe dieser Kriterien wird sodann geprüft, ob der Autozugverkehrsdienst dem SPNV oder SPFV zuzuordnen ist (dazu unter IV.). Im Anschluss wird dargelegt, auf welchem Weg das Land Schleswig-Holstein eine behördliche und/oder gerichtliche Entscheidung über eine entsprechende Einordnung des Verkehrsdienstes herbeiführen kann (dazu unter V.).

I. Hintergrund der derzeitigen Einordnung der Autozugverkehrsdienste als SPFV

Der Autozugverkehr zwischen Niebüll und Westerland wird bislang dem SPFV zugeordnet und eigenwirtschaftlich¹, also ohne eine Kofinanzierung des Staates, betrieben.² Die Mitnahme eines PKWs auf einem Zug und die damit verbundenen Beförderung der Personen wurde erstmals 1930 von der Deutschen Reichsbahn mittels eines „klassischen“ Autoreisezugs angeboten.³ Im Gegensatz zu den „Sylter Autozügen“ werden bei einem solchen Autoreisezug Personen über längere Reisedrecken in einem Personenwaggon befördert, während deren Fahrzeuge auf Transportwagen mittransportiert werden. Wegen der Bedienung langer Reisedrecken ist die Zuordnung des Verkehrsdienstes der Autoreisezüge zum SPFV unstrittig. Bei dem hier in Rede

¹ Bei eigenwirtschaftlich erbrachten Verkehrsleistungen handelt es sich um privatwirtschaftlich rentable Verkehrsdienste, bei denen Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht auf eine öffentliche Kofinanzierung des Staates angewiesen sind.

² Die stufenweise Inbetriebnahme des Sylt Shuttles erfolgte seit März 2001, vgl. <https://www.syltshuttle.de/syltshuttle-de/reiseinformationen/unternehmen/geschichte-2049212> (zuletzt aufgerufen am 17.01.2019; gleiches gilt für alle nachfolgenden Internetfundstellen); vgl. zur Geschichte auch <https://www.ndr.de/geschichte/chronologie/Seit-90-Jahren-mit-der-Bahn-durchs-Watt-nach-Sylt,hindenburgdamm138.html>.

³ Meffert/Schleusner/Schneider in: Meffert (Hrsg.) Verkehrsdienstleistungsmarketing, Marketing im Turn-around-Management: Fallstudie DB AutoZug GmbH, 2000, S. 231.

stehenden Autozug handelt es sich hingegen um einen besonders konstruierten Autozug, bei dem Reisende, in ihrem eigenen PKW sitzend, auf einen Autozugwagen auffahren und von diesem von Niebüll auf die Insel Sylt bis zum Bahnhof Westerland übergesetzt werden. Die Autozüge werden dabei – ebenso wie der „klassische“ Autoreisezug – durch die Deutsche Bahn AG unter die Zuggattung „Autoreisezug“ gefasst und dem Fernverkehr zugeordnet.⁴ Der Autozugverkehrsdienst wurde über Jahrzehnte von Gesellschaften der Deutschen Bahn (DB) AG eigenwirtschaftlich betrieben, zuletzt und bis heute von der DB Fernverkehr AG (DB Fernverkehr).⁵ Seit 2016 wird die Strecke überdies von der RDC Autozug Sylt GmbH (RDC), einer Tochtergesellschaft der Railroad Development Corporation, mit dem „blauen AUTOZUG Sylt“ befahren und ebenfalls eigenwirtschaftlich betrieben.⁶

II. Schienengüter- oder Schienenpersonenverkehr

Fraglich ist, ob es sich bei den Verkehrsleistungen der Autozüge auf der Strecke Niebüll – Westerland um Schienengüterverkehr (SGV) oder Schienenpersonenverkehr (SPV) handelt. Was unter diesen Begriffen im Eisenbahnrecht zu verstehen ist, wird gesetzlich nicht definiert.

Die Beförderung von Personen im Allgemeinen umfasst – wie der Name offenbart – den Transport von Personen mittels eines Fahrzeugs von einem Ort zum anderen. Keine Personenbeförderung ist hingegen die alleinige Beförderung von Sachen oder Tieren.⁷ Im straßengebundenen Verkehr⁸ genügt beispielsweise für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG)⁹, wenn eine gleichzeitige Beförderung von Sachen und Personen erfolgt.¹⁰ Dabei kann die Beförderung von Gepäckstücken/anderen Gegenständen Teil des Transportes von Personen sein, sofern diese vom Fahrgast mitgeführt werden.¹¹ Diese Grundsätze können auf die Beförderung im Schienenverkehr übertragen werden.

⁴ Stammdaten (Zuggattungen), abrufbar unter https://www.dbnetze.com/infrastruktur-de/Kundeninformationen/2017_15_tpn_stammdaten-1443264.

⁵ Vgl. <https://www.syltshuttle.de/syltshuttle-de/reiseinformationen/unternehmen/geschichte-2049212>; <https://www.ndr.de/geschichte/chronologie/Seit-90-Jahren-mit-der-Bahn-durchs-Watt-nach-Sylt-hindenburgdamm138.html>.

⁶ Vgl. <https://www.shz.de/lokales/sylter-rundschau/erster-rdc-autozug-auf-sylt-und-viele-zweifel-id13650956.html>; <https://www.autozug-sylt.de>.

⁷ Linke in: Saxinger/Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 4. EL Mai 2014, PBefG, § 1 Rn 7.

⁸ Straßenbahnen, Stadt- und Regionalbusse.

⁹ Personenbeförderungsgesetz vom 08.08.1990, BGBl. I S. 1690, zuletzt geändert durch Art. 5 G zur Umsetzung des Klimaschutzprogramms 2030 im Steuerrecht vom 21.12.2019, BGBl. I S. 2886; Der Eisenbahnverkehr unterfällt nicht dem Anwendungsbereich des PBefG, vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 PBefG.

¹⁰ KG Berlin, Beschluss vom 06.01.1999 – 2 Ss 287/98 - 3 Ws (B) 709/98 –, Rn. 2, juris.

¹¹ Linke in: Saxinger/Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 4. EL Mai 2014, PBefG, § 1 Rn 7.

Beim Güterverkehr liegt der Schwerpunkt im Gegensatz zur Personenbeförderung in der kommerziellen Verkehrsleistung durch die Beförderung von Gütern zur wirtschaftlichen Weiterverwertung. Neben dem eigentlichen Transport kommen überdies vor- und nachbereitende Abläufe hinzu, wie beispielsweise die Verladung der Güter.

Die schwerpunktmäßige Zweckbestimmung der Verkehrsleistungen der Autozüge liegt bereits dem äußeren Anschein nach in der Beförderung von Personen unter zeitgleicher Mitführung ihrer Fahrzeuge, zumal der Fahrgast selbst für den An- und Abtransport sorgt. Der Transport des Fahrzeugs ist als Begleitangebot zur Beförderung der Personen anzusehen. Die daneben stattfindende Beförderung von LKWs mit Waren scheint eine untergeordnete Rolle einzunehmen und jedenfalls nicht den Hauptzweck der Autozugverkehrsdienste auszumachen.¹² Da derartige Leistungen nicht den Hauptzweck des Autozugverkehrsdienstes darstellen, handelt es sich auch nicht um sog. „Rollende Landstraßen“, bei denen LKWs über eine Teilstrecke ihrer Route auf Schienen transportiert werden. Bei „Rollenden Landstraßen“ handelt es sich um Gütertransport, selbst wenn die Fahrer mitbefördert werden, da hier vordergründige Zweckbestimmung der Transport der Güter ist und nicht die Beförderung der Fahrer.¹³

Für eine derartige Zweckbestimmung der Autozugverkehrsdienste sprechen auch die Beförderungsbedingungen der Eisenbahnverkehrsunternehmen. Hinsichtlich der Verkehrsleistungen durch den Autozug der RDC heißt es in den Beförderungsbedingungen¹⁴ unter:

„1. Allgemeines

Wir, die RDC AUTOZUG Sylt GmbH, befördern Personen in deren Kraftfahrzeugen bzw. begleitete Kraftfahrzeuge (...). Die Beförderung von Personen mit Gütern und lebenden Tieren in Kraftfahrzeugen und Anhängern ist zugelassen. (...)

Die DB Fernverkehr bestimmt in ihren Beförderungsbedingungen nahezu gleichlautende Anforderungen.¹⁵ Bereits durch den Wortlaut der jeweiligen Beförderungsbedingungen wird deutlich, dass die Beförderung der Person im Vordergrund steht, zudem erfolgt auch eine eindeutige Abgrenzung zur Beförderung von Gütern. Für die Beförderung von Gefahrgut greifen zudem Sonderregelungen.

¹² Statistische Daten zum Transport von LKWs liegen nicht vor.

¹³ Vgl. auch Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB Netz AG 2020 (SNB 2020), gültig ab 15.12.2019, abrufbar unter: <https://fahrweg.dbnetze.com/resource/blob/4606064/3697a45c09425f103b6833b657b7949e/SNB-2020-data.pdf>.

¹⁴ AUTOZUG Sylt-Tarif, Bedingungen und Preise, Fassung vom 15.12.2019, Zif. A.1., abrufbar unter https://www.autozug-sylt.de/assets/Downloads/98829eaccd/Autozug-Sylt_Beforderungsbedingungen_2019-2020.pdf.

¹⁵ Sylt Shuttle-Tarif, Bedingungen und Preise, Fassung vom 15.12.2019, Teil A Zif. A1 - A 2, abrufbar unter: <https://www.syltshuttle.de/resource/blob/2049552/64196ae8ea99db2e7645fb192f92d529/Sylt-Shuttle-Tarif-ab-01-01-20-data.pdf>.

Folglich ergibt sich aus den Zweckbestimmungen des Autozuges, dass Hauptzweck die Beförderung von Personen ist.

Auch in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB Netz AG¹⁶, die als Eisenbahninfrastrukturunternehmen einen Großteil des Schienennetzes betreibt, heißt es unter Ziffer 6.1.2.1 zu Schienengüterverkehrsdiensten:

„Schienengüterverkehre im Sinne dieser SNB sind alle Verkehre, die ausschließlich der nationalen und/oder grenzüberschreitenden Güterbeförderung dienen. (...) Dient der Verkehr der gleichzeitigen Beförderung von Gütern und Personen in einem Zug, ist dieser Zug ein Schienenpersonenverkehrsdienst nach Ziffer 6.1.2.2 der SNB. Abweichend hiervon gehören zum Schienengüterverkehr Militärzüge mit Personenbeförderung und Züge des begleitenden kombinierten Verkehrs, mit denen mit Ausnahme von Personenwagen zum Transport von Lastkraftwagenfahrern ausschließlich komplette Lastwagen bzw. Sattelzüge befördert werden (Rollende Landstraße).“

Überdies berechnen sowohl die DB Fernverkehr als auch die RDC einen ermäßigten Mehrwertsteuersatz von 7 %, der gemäß § 12 Abs. 10 b) UStG a. F.¹⁷ sowie nach § 12 Abs. 10 a) UStG n. F.¹⁸ nur für die Beförderung von Personen – nicht jedoch für den SGV gilt.¹⁹

Auch das OVG Nordrhein-Westfalen führte in einem Urteil²⁰, das die Pflicht zur Aufstellung von Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen von Eisenbahninfrastrukturunternehmen zum Gegenstand hatte, aus, dass es sich bei den Verladestationen der Autozüge in Niebüll und Westerland entsprechend deren Zweckbestimmungen nicht um Güter-, sondern um Personenbahnhöfe handele. Insbesondere habe es keine ausschlagende Bedeutung,

„dass den Verladestationen nach dem Vorbringen der Antragstellerin typische Merkmale eines Personenbahnhofs – wie übliche Bahnsteige – fehlen (...). Hauptzweck dieser

¹⁶ Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB Netz AG 2020 (SNB 2020), gültig ab 15.12.2019, abrufbar unter: <https://fahrweg.dbnetze.com/resource/blob/4606064/3697a45c09425f103b6833b657b7949e/SNB-2020-data.pdf>; Die Schienennetz-Benutzungsbedingungen sind Vertragsgrundlage für die Trassenvergabe. Mit diesen Bedingungen veröffentlicht die DB Netz AG als Netzbetreiber gemäß § 19 ERegG (FN 41) die für ihr Streckennetz geltenden Zugangs- und Nutzungsbedingungen.

¹⁷ Nach § 12 Abs. 10 b) UStG a. F. galt der ermäßigte Mehrwertsteuersatz nur für die Beförderung von Personen im Schienenbahnverkehr, soweit die Beförderungsstrecke nicht mehr als 50 km betrug (unabhängig von der Einordnung zum SPNV oder SPFV). Die Beschränkung auf 50 km wurde während der Lesung des Gesetzes mit der Situation der Verkehrsverbände begründet, vgl. Plenarprotokoll Nr. 05/101 vom 12.04.1967, Stenographischer Bericht über die 101. Sitzung des Deutschen Bundestages, S. 4724.

¹⁸ Seit dem 01.01.2020 gilt – unabhängig von der Beförderungsstrecke – für die Beförderungen von Personen im Schienenbahnverkehr eine ermäßigte Mehrwertsteuer von 7 %.

¹⁹ Vgl. https://www.autozug-sylt.de/assets/Downloads/98829eaccd/Autozug-Sylt_Beforderungsbedingungen_2019-2020.pdf S. 25 und <https://www.syltshuttle.de/resource/blob/2051644/eb064a7087c4fc548650a9d5f8e72d72/fahrpreise-data.pdf> S. 22, 24.

²⁰ Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 13.01.2011 – 13 B 1818/10 –, Rn. 19, juris.

Einrichtungen ist die Beförderung von Reisenden, die ein Kfz oder ein Motorrad mit sich führen, vom Festland nach Sylt und zurück. Im Übrigen verwendet die Antragstellerin Waggon für Motorradfahrer, da diese während der Überfahrt nicht bei ihren Motorrädern bleiben können. Die Verladestationen sind, unabhängig davon, ob die Reisenden über einen gewohnten Bahnsteig in den Waggon einsteigen können, insoweit Personenbahnhöfe in einem funktionalen Sinn.“²¹

Im Ergebnis handelt es sich daher bei den Autozugverkehrsleistungen auf der Strecke zwischen Niebüll und Westerland um Personenverkehr.

III. Abgrenzungskriterien zwischen SPNV und SPFV

Fraglich ist, ob es sich bei dem Autozugverkehrsdienst – entsprechend der derzeitigen Einordnung – um SPFV handelt oder ob dieser dem SPNV zuzuordnen ist. Hierfür soll zunächst dargelegt werden, nach welchen rechtlichen Maßstäben eine Abgrenzung der Verkehrsleistungen im SPNV und SPFV erfolgen muss.

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Der Begriff des SPNV findet im Grundgesetz ausdrückliche Erwähnung und hat maßgebliche Bedeutung für die Abgrenzung der Gewährleistungsverantwortung zwischen Bund und Ländern.²² Nach Art. 87e Abs. 4 Satz 1 GG gewährleistet der Bund,

„daß dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen, beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes sowie bei deren Verkehrsangeboten auf diesem Schienennetz, soweit diese nicht den Schienenpersonennahverkehr betreffen, Rechnung getragen wird.“

Der SPNV wird somit hinsichtlich des Verkehrsangebots von der Gewährleistungsverantwortung des Bundes ausdrücklich ausgenommen; im Umkehrschluss ergibt sich, dass die Länder die Gewährleistungsverantwortung für das Verkehrsangebot im SPNV tragen.²³ In Art. 106a GG ist überdies festgelegt, dass den Ländern ab dem

²¹ Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 13.01.2011 – 13 B 1818/10 –, Rn. 19, juris.

²² Vgl. WD BT, Abgrenzung der Begriffe Schienenpersonenfern- und Schienenpersonennahverkehr sowie Zuständigkeiten für das Schienennetz, 2019, WD 5-3000-071/19, S. 5; *Oebbecke*, Was ist Personennahverkehr?, NVwZ 2017, 1084 (1085); *Fehling* in: *Hermes/Sellner* (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 131.

²³ Die Zuständigkeit der Länder ergibt sich auch ausdrücklich aus den Artikeln 30 und 83 GG, die die Erfüllung der staatlichen Aufgaben grundsätzlich den Ländern zuweisen, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung trifft. Überdies ergibt sich auch aus Art. 143a Abs. 3 GG im Umkehrschluss die Zuständigkeit der Länder. Art. 143a Abs. 3 GG normiert, dass die Erfüllung der Aufgaben im Bereich des SPNV der Eisenbahnen des Bundes bis zum 31.12.1995 Sache des Bundes ist, daraus folgt, dass die Länder nach Ablauf dieser Frist die Gewährleistungsverantwortung für den SPNV tragen.

01.01.1996 für den öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV)²⁴ ein Betrag aus dem Steueraufkommen des Bundes zusteht.²⁵ Die Finanzverantwortung der Länder deckt sich mit ihrer Aufgabenverantwortung.²⁶ Die Gewährleistungsverantwortung der Länder für den öffentlichen Personennahverkehr ergibt sich zudem einfachgesetzlich aus § 1 Regionalisierungsgesetz (RegG)²⁷. Eine Abgrenzung zwischen SPNV und SPFV ist daher für die Zuordnung der Gewährleistungsverantwortung zwischen Bund und Ländern, im Hinblick auf die Verkehrsangebote auf den Schienen, konstitutiv. Der verfassungsrechtliche Begriff muss daher auch einheitlich im Lichte dieser Funktion ausgelegt werden.²⁸

2. Einfachgesetzliche Definition des SPNV

Die Begriffe „Schienenpersonennahverkehr“ und „Schienenpersonenfernverkehr“ werden vielfach in bundesrechtlichen Normen verwendet, eine Legaldefinition existiert jedoch nur für den SPNV. Demgemäß muss die Einordnung zum SPFV, durch eine Negativabgrenzung zum SPNV erfolgen, wonach alle Verkehrsleistungen, die nicht dem SPNV zuzuordnen sind, als SPFV zu klassifizieren sind.²⁹

Nach § 2 Abs. 12 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG)³⁰ ist Schienenpersonennahverkehr

„ein Verkehrsdienst, dessen Hauptzweck es ist, die Verkehrsbedürfnisse im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr abzudecken. Das ist im Zweifel der Fall, wenn in der

²⁴ Zum Öffentlichen Personennahverkehr als Oberbegriff gehören der Schienenpersonennahverkehr (SPNV) und der straßengebundene ÖPNV mit Straßenbahnen, Stadt- und Regionalbussen, vgl. *Neumann*, Daseinsvorsorgeaufgabe Schienenpersonennahverkehr, 2015, S. 29.

²⁵ Die Vorschrift steht im Zusammenhang mit der Privatisierung der Bahn und der Regionalisierung des SPNV.

²⁶ WD BT, Abgrenzung der Begriffe Schienenpersonenfern- und Schienenpersonennahverkehr sowie Zuständigkeiten für das Schienennetz, 2019, WD 5-3000-071/19, S. 12; Die genaue Verteilung dieser Aufgabenverantwortung ergibt sich aus den Nahverkehrsgesetzen der Länder. In Schleswig-Holstein liegt gemäß § 2 Abs. 1 des Gesetzes über den öffentlichen Personennahverkehr in Schleswig-Holstein (ÖPNVG) vom 26.06.1995, GVBl. Schl.-H. S. 262, zuletzt geändert durch Art. 18, 20 LVO zur Anpassung von Rechtsvorschriften an geänderte Zuständigkeiten der obersten Landesbehörden und geänderte Ressortbezeichnungen vom 16.01.2019, GVBl. Schl.-H. S. 30, die Aufgabenträgerschaft beim Land, ohne Übertragungsmöglichkeit auf die kommunale Ebene.

²⁷ Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs vom 27.12.1993, BGBl. I S. 2378, zuletzt geändert durch Art. 19 Abs. 23 Bundesteilhabegesetz vom 23.12.2016, BGBl. I S. 3234; § 1 RegG: „(1) Die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr ist eine Aufgabe der Daseinsvorsorge. (2) Die Stellen, die diese Aufgabe wahrnehmen, werden durch Landesrecht bestimmt.“

²⁸ WD BT, Abgrenzung der Begriffe Schienenpersonenfern- und Schienenpersonennahverkehr sowie Zuständigkeiten für das Schienennetz, 2019, WD 5-3000-071/19, S. 5.

²⁹ In einer Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage aus dem Jahr 2001 zur Einordnung des Interregio-Verkehrs, der nach den damaligen Angaben der DB AG eine durchschnittliche Reiseweite von 170 Kilometern aufwies, führte die Bundesregierung wie folgt aus: „Innerhalb der Konzernsparte „Reise & Touristik“ der DB AG wird der InterRegio (IR) im Schienenpersonenfernverkehr (SPFV) als „Schnellfahrender Reisezug mit gehobenem Komfort“ geführt. Die mittlere Reiseentfernung beim IR liegt über der für den Schienenpersonennahverkehr (SPNV) definierten Schwelle von 50 km. Damit ist das Zugangebot IR dem SPFV zuzuordnen.“, vgl. BT-Drs. 14/5745 S. 2.

³⁰ Allgemeines Eisenbahngesetz vom 27.12.1993, BGBl. I S. 2378, zuletzt geändert durch Art. 2 Gesetz zur Umsetzung der RL (EU) 2016/2370 vom 08.07.2019, BGBl. I S. 1040.

Mehrzahl der Beförderungsfälle eines Zuges die gesamte Reiseweite 50 Kilometer oder die gesamte Reisezeit eine Stunde nicht übersteigt.“

Daneben enthält das Regionalisierungsgesetz³¹ für den allgemeinen Begriff des Öffentlichen Personennahverkehrs in § 2 eine annähernd wortgleiche Definition:

„Öffentlicher Personennahverkehr im Sinne dieses Gesetzes ist die allgemein zugängliche Beförderung von Personen mit Verkehrsmitteln im Linienverkehr, die überwiegend dazu bestimmt sind, die Verkehrsnachfrage im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr zu befriedigen. Das ist im Zweifel der Fall, wenn in der Mehrzahl der Beförderungsfälle eines Verkehrsmittels die gesamte Reiseweite 50 Kilometer oder die gesamte Reisezeit eine Stunde nicht übersteigt.“

Auch die Begriffsbestimmung in § 8 Abs. 1 PBefG ist nahezu identisch.³² Die fast wortgleichen Legaldefinitionen stehen in einem „historischen und funktionalen Zusammenhang“³³ zur Verfassung, da sie im Rahmen der Bahnstrukturreform³⁴ entstanden sind und der praktischen Umsetzung dienten. Daher kann auch davon ausgegangen werden, dass der Verwendung der Begriffe jeweils derselbe Nahverkehrsbegriff zugrunde lag.

Der Wortlaut der Legaldefinition des § 2 Abs. 12 AEG scheint prima facie eine klare Trennung zwischen SPNV und SPFV zu ermöglichen. Zunächst muss der Hauptzweck des Verkehrsdienstes ermittelt werden. Erst wenn eine solche Zweckbestimmung nicht zweifelsfrei möglich ist, erfolgt eine räumlich-zeitliche Abgrenzung. Im Folgenden soll jedoch für das Verständnis der Norm, anhand der Gesetzesmaterialien, kurz die Regelungsintention des Bundesgesetzgebers dargestellt werden.

3. Regelungsintention des Bundesgesetzgebers

Laut der Begründung zum Gesetzentwurf zu § 2 Abs. 5 AEG (a. F.)³⁵ liegt der Definition des „Schienenpersonennahverkehrs“ ein funktionales Verständnis zugrunde.³⁶

³¹ Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs vom 27.12.1993, BGBl. I S. 2378, zuletzt geändert durch Art. 19 Abs. 23 Bundesteilhabegesetz vom 23.12.2016, BGBl. I S. 3234.

³² § 8 Abs. 1 PBefG: „Öffentlicher Personennahverkehr im Sinne dieses Gesetzes ist die allgemein zugängliche Beförderung von Personen mit Straßenbahnen, Obussen und Kraftfahrzeugen im Linienverkehr, die überwiegend dazu bestimmt sind, die Verkehrsnachfrage im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr zu befriedigen. Das ist im Zweifel der Fall, wenn in der Mehrzahl der Beförderungsfälle eines Verkehrsmittels die gesamte Reiseweite 50 Kilometer oder die gesamte Reisezeit eine Stunde nicht übersteigt.“

³³ Vgl. *Oebbecke*, Was ist Personennahverkehr?, NVwZ 2017, 1084 (1085); *Knecht*, Streichungen beim Schienenpersonenfernverkehr - welche Pflichten hat der Bund?, NVwZ 2003, 932 (933).

³⁴ Mit der zum 01.01.1994 in Kraft getretenen Bahnstrukturreform wurde der Bahnbetrieb in Deutschland in eine private Rechtsreform überführt.

³⁵ In der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Stärkung des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich vom 04.05.2016 wird darauf verwiesen, dass der aktuelle Begriff des SPNV in § 2 Abs. 12 AEG dem des bis dahin geltenden, nahezu wortgleichen § 2 Abs. 5 AEG a. F. entspricht (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung

a. § 2 Abs. 12 Satz 1 AEG: Hauptzweck des Verkehrsdienstes

Bei der Zuordnung der Verkehrsleistung zum SPNV oder SPFV ist entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes in einem ersten Schritt zunächst die Zweckbestimmung oder die Aufgabenstellung des Verkehrsdienstes entscheidend. Dabei soll gemäß der Begründung zum Gesetzentwurf die Zweckbestimmung, die das betreibende Unternehmen seinen Zügen selbst beimisst, maßgeblich sein.³⁷ Diese Prämisse lag auch der Definition des öffentlichen Personennahverkehrs im Regionalisierungsgesetz zugrunde; dazu heißt es in der Begründung, dass „die Zuordnung eines Verkehrsmittels zum Nah- oder zum Fernverkehr (...) in den meisten Fällen schon aufgrund der Zweckbestimmung durch das Verkehrsunternehmen möglich sein wird“.³⁸ Hierdurch sollte eine „klare Zuordnung der Aufgaben- und Finanzierungsverantwortung“ ermöglicht werden.³⁹ Auf eine behördliche Bestimmung durch Rechtsakt wurde somit verzichtet, vermutlich, da der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass die Eisenbahnverkehrsunternehmen die Art und den Umfang ihrer Verkehrsleistungen am besten prognostizieren können. Zudem müssen die Eisenbahnverkehrsunternehmen die nötigen Trassen⁴⁰ in der Regel selbst anmelden und diesbezüglich gemäß dem Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG)⁴¹ private Verträge⁴² über die zugewiesenen Schienenwegekapaazitäten mit den Netzbetreibern schließen.⁴³ Da bei der Vergabe von Trassen auch die Einordnung der Verkehrsdienste⁴⁴ maßgeblich

des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich, BT-Drs. 18/8334 vom 04.05.2016, S. 248). Folglich kann, um auf den Willen des Gesetzgebers zu schließen, auf die entsprechenden Gesetzesmaterialien und Begründungen zur Fassung des § 2 Abs. 5 AEG a. F. zurückgegriffen werden.

³⁶ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Eisenbahnwesens (Eisenbahnneuordnungsgesetz — ENeuOG), BR-Drs. 131/93 S. 97; Siehe auch den textidentischen Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und F.D.P., BT-Drs. 12/4609 S. 95; Diese funktionale Herangehensweise ist zwar übersichtlich, birgt jedoch neben Abgrenzungsschwierigkeiten auch das Problem, dass unter dem „Deckmantel des Nahverkehrs“ Verkehrsleistungen erbracht und finanziert werden, die eigentlich nicht dem SPNV sondern dem SPFV zuzuordnen sind. Vgl. hierzu *Neumann*, Daseinsvorsorgeaufgabe Schienenpersonennahverkehr, 2015, S. 32; vgl. zu dieser Thematik auch die Ausführungen von *Möstl* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand: Juni 2017, Art. 87e Rn. 143.

³⁷ Vgl. BR-Drs. 131/93 S. 97.

³⁸ Vgl. BR-Drs. 131/93 S. 97.

³⁹ Vgl. BT-Drs. 12/5014 S. 26.

⁴⁰ Als Trasse bezeichnet man die Berechtigung, eine bestimmte Strecke im Schienennetz zu einem festen Zeitpunkt mit einem zuvor angemeldeten Zug zu befahren. Die Trassenpreise setzen sich aus den nutzungsabhängigen, leistungsabhängigen und sonstigen Komponenten zusammen. Die Berechnungsgrundlage ist der zurückgelegte Trassenkilometer.

⁴¹ Eisenbahnregulierungsgesetz vom 29.08.2016, BGBl. I S. 2082, zuletzt geändert durch Art. 1 Gesetz zur Umsetzung der RL (EU) 2016/2370 vom 08.07.2019, BGBl. I S. 1040.

⁴² Für die Nutzung der Infrastruktur muss eine privatrechtliche Vereinbarung mit dem Infrastruktureigentümer (meist DB) abgeschlossen werden, vgl. § 20 Abs. 1 ERegG.

⁴³ Eine Übertragung der zugewiesenen Schienenwegekapaazitäten auf Dritte ist nach § 42 ERegG verboten. Für den Fall einer unterbleibenden Nutzung zugewiesener Zugtrassen sieht § 60 Abs. 2 ERegG die Kündigung der Vereinbarung durch den Betreiber der Schienenwege vor; vgl. auch *Beck*, Der Ausschreibungswettbewerb im Schienenpersonennahverkehr, in: Schriftenreihe Verkehr und Technik, 2009, Bd. 95, S. 25f.

⁴⁴ Verkehrsdienste sind gemäß § 2 Abs. 2 AEG Schienenpersonenfernverkehr, Schienenpersonennahverkehr und Schienengüterverkehr.

ist⁴⁵, muss – insbesondere bei langjährigen Rahmenverträgen – die Abgrenzung so erfolgen, dass die Festlegung der wesentlichen Eckdaten der Verkehrsleistung⁴⁶ in den Verträgen möglich ist. So ist entsprechend den aktuellen Benutzungsbedingungen zu kennzeichnen, ob es sich um eine Trasse im SPFV, SPNV oder SGV handelt.⁴⁷ Der Netzbetreiber ist daher auch berechtigt, dem Eisenbahnverkehrsunternehmen oder Aufgabenträger⁴⁸ in Zweifelsfällen aufzugeben nachzuweisen, weshalb es sich bei der Verkehrsleistung um SPNV handelt.⁴⁹ Die subjektive Zweckbestimmung eines Unternehmens für die Klassifizierung zum SPNV oder SPFV ist somit lediglich ein wichtiges Indiz für die Abgrenzung. Wegen der Begründung von Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern muss die subjektive Zweckbestimmung aber zwingend auch den tatsächlichen objektiven Gegebenheiten entsprechen, welche staatlicher Kontrolle unterliegen.⁵⁰

In der Begründung zu § 2 Abs. 5 AEG (a. F.) wird überdies ausgeführt, dass die Züge hierzu durch die Unternehmen in Zuggattungen eingeteilt werden sollen, die wiederum dem Fern- oder Nahverkehr zugeordnet werden. So wird beispielsweise der Intercity-Express (ICE) zum klassischen Fernverkehr gezählt, wohingegen S-Bahnen oder der Regional-Express als Nahverkehre klassifiziert werden. Auf eine konkrete Aufzählung vorhandener Zuggattungen, wie sie im damals geltenden § 61 des Schwerbehindertengesetzes (SchwbG) enthalten war, hat der Gesetzgeber bewusst verzichtet, da er befürchtete, dass die Bezeichnung einzelner Zuggattungen ständigen Veränderungen unterliegen würde und diese deshalb zu häufigen Gesetzesanpassungen geführt hätten.⁵¹

⁴⁵ Vgl. Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB Netz AG 2020 (SNB 2020), gültig ab 15.12.2019, S. 74 Zif. 6.1.2.2: „Schienenpersonenverkehrsdienste sind zu unterscheiden in Schienenpersonenfernverkehrsdienste und in Schienenpersonennahverkehrsdienste. Zwischen diesen beiden Schienenpersonenverkehrsdiensten bestehen wesentliche Unterschiede hinsichtlich der Kosten zur Erbringung der Verkehrsleistungen, ihren Marktpreisen zum Endkunden und ihren Anforderungen an die Dienstleistungsqualität.“

⁴⁶ Beispielsweise die voraussichtliche Strecke, die Zeiten und Haltepunkte.

⁴⁷ Vgl. Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB Netz AG 2020 (SNB 2020), gültig ab 15.12.2019, S. 74 Zif. 6.1.2.

⁴⁸ Aufgabenträger sind die behördlich Verantwortlichen für die Gewährleistung einer ausreichenden Verkehrsbedienungs. Im SPNV sind die Länder verantwortlich, in einigen Fällen auch Kommune und Zweckverbände. Nach § 2 Abs. 1 ÖPNVG-SH ist Aufgabenträger das Land Schleswig-Holstein. Im Auftrag des Landes Schleswig-Holstein organisiert die „NAH.SH GmbH“ den SPNV.

⁴⁹ Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB Netz AG 2020 (SNB 2020), gültig ab 15.12.2019, S. 74 Zif. 6.1.2.2.1: „Wenn Zweifel darüber bestehen, ob in der Mehrzahl der Beförderungsfälle die Reiseweite von 50 Kilometer oder die Reisezeit von einer Stunde überschritten wird, ist die DB Netz AG berechtigt, den Nachweis der Betrauung mit öffentlichen Personenverkehrsdiensten, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen, durch einen Aufgabenträger des Schienenpersonennahverkehrs im Sinne des § 1 Abs. 2 des Regionalisierungsgesetzes oder die Vorlage einer repräsentativen, anerkannten wissenschaftlichen Standards genügenden Erhebung der Reiseweiten anhand der Fahrkarten bzw. der Reisedauer der Beförderungsfälle anhand einer Verkehrszählung pro Halteabschnitt auf Kosten des Zugangsberechtigten zu verlangen. Bei Neuverkehren kann an Stelle der Erhebung der Reiseweiten eine entsprechende Marktstudie vorgelegt werden. Für die Vorlage gelten die Fristen nach Ziffern 4.2.1.1 bzw. 4.2.2.2 dieser SNB entsprechend.“

⁵⁰ Oebbecke, Was ist Personennahverkehr?, NVwZ 2017, 1084 (1086).

⁵¹ Vgl. BR-Drs. 131/93 S. 97.

b. § 2 Abs. 12 Satz 2 AEG: Zweifelsregelung

Statt einer Aufzählung von Zuggattungen wurde daher in § 2 Abs. 5 Satz 2 AEG a. F. sowie in den aktuellen § 2 Abs. 12 Satz 2 AEG eine Zweifelsregelung für die Zuordnung zum SPNV aufgenommen. Das Bestehen eines Zweifels ist dabei Tatbestandsmerkmal. Für die Anwendung der Zweifelsregelung bleibt jedoch kein Raum, soweit der Hauptzweck eines Verkehrsdienstes mit Gewissheit die Befriedigung der Verkehrsbedürfnisse im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr ist.⁵² Ist eine eindeutige Zweckbestimmung hingegen nicht möglich, ist die Verkehrsleistung gemäß § 2 Abs. 12 Satz 2 AEG dem SPNV zuzuordnen, wenn „in der Mehrzahl der Beförderungsfälle eines Zuges die gesamte Reiseweite 50 Kilometer oder die gesamte Reisezeit eine Stunde nicht übersteigt“. Der Gesetzgeber hat demgemäß eine subsidiäre Legalvermutung für Ausnahmefälle aufgestellt, in denen eine funktionale Zweckbestimmung nicht möglich ist. In Zweifelsfällen sollte somit die Beförderungslänge bzw. die Reisedauer in der Mehrzahl der Beförderungsfälle in den betreffenden Zügen entscheidend sein. Nicht maßgeblich sollte dabei die Reiselänge oder die Gesamtfahrzeit des Zuges sein⁵³, sondern „die Gesamtbeförderungsweite und Reisedauer in allen während einer Reise mit der Eisenbahn benutzten Zügen“.⁵⁴ Abzustellen ist daher auf die Mehrzahl der Fahrgäste.⁵⁵ Unerheblich ist, ob einzelne Fahrgäste weiter oder länger fahren.⁵⁶ Ob die Beförderungslänge bzw. die Reisedauer in der Mehrzahl der Beförderungsfälle über einer Stunde bzw. 50 Kilometer liegt, lässt sich jedoch nur auf Grundlage einer „sachgerechten, verkehrswirtschaftlich lege artis durchgeführten Prognose“⁵⁷ ermitteln oder mithilfe einer empirischen Erhebung. Eine Verkehrserhebung ist jedoch mit erheblichen Aufwand verbunden; zudem stellen die Ergebnisse lediglich Zeitpunktwerte dar, die schnell überholt sein können. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich indes nicht, weshalb die Beschränkung auf 50 Kilometer und die Begrenzung der gesamten Reisezeit auf eine Stunde erfolgt ist. In der Begründung zum Regionalisierungsgesetz heißt es lediglich „nach allgemeiner Lebenserfahrung können Beförderungen mit einer gesamten Reiseweite von 50 Kilometern oder einer gesamten Reisezeit von einer Stunde noch zum Nahbereich ge-

⁵² Vgl. hierzu BT-Drs. 12/5014 S. 53: Die Bundesregierung wollte eine Zählung auf Zweifelsfälle beschränken und ermöglichen, dass auch der sogenannte „gebrochene“ Verkehr (der Reisende fährt z. B. auf einer kurzen Strecke mit der S-Bahn als Zubringer zum Fernverkehrszug) zugeordnet werden kann.

⁵³ Z. B. ist dann nicht die Reiselänge oder Gesamtfahrzeit einer S-Bahn-Linie von einer Endstation zur anderen entscheidend, vgl. WD BT, Abgrenzung der Begriffe Schienenpersonenfern- und Schienenpersonennahverkehr sowie Zuständigkeiten für das Schienennetz, 2019, WD 5-3000-071/19, S. 9.

⁵⁴ Dabei wird in der Begründung folgendes Beispiel genannt: Entfällt bei der Benutzung eines Nahverkehrszuges und eines IC-Zuges über eine Gesamtheit von 85 km eine Strecke von 6 km auf den Nahverkehrszug, fällt dieser Beförderungsfall nicht unter den Nahverkehrsbegriff im Sinne der Regelung, vgl. BT-Drs. 12/4609 S. 95.

⁵⁵ Vgl. auch *Fehling* in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 136.

⁵⁶ Vgl. auch *Fehling* in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 136.

⁵⁷ *Oebbecke*, Was ist Personennahverkehr?, NVwZ 2017, 1084 (1089).

zählt werden“. Die Beschränkungen scheinen daher aus Gründen der Praktikabilität gewählt worden zu sein.

c. Zwischenergebnis

Nach alledem erfolgt die Einordnung zum SPNV und SPFV, entsprechend dem Wortlaut und dem Willen des Gesetzgebers, in der Praxis durch die von den betreibenden Eisenbahnverkehrsunternehmen festgelegte Zweckbestimmung, wobei in Zweifelsfällen eine Abgrenzung nach der Reiseweite und -dauer der Mehrzahl der Beförderungsfälle erfolgen soll. Da die subjektive Zweckbestimmung jedoch für die föderale Zuständigkeitsabgrenzung maßgeblich ist, muss diese auf der Grundlage einer sachgerechten Prognose oder einer empirischen Erhebung erfolgen. Auch die Zweifelsregelung kann nur in den Fällen Bedeutung haben, in denen zweifelhaft ist, ob es sich noch um Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr handelt – steht dies fest, ist für die Zweifelsregelung kein Raum.

4. Vorschlag der Monopolkommission zur Abgrenzung

Aufgrund der aufgeführten Abgrenzungsprobleme, die sich aus der Legaldefinition des SPNV ergeben, hat sich in der Praxis ein anderes Abgrenzungsmerkmal herausgebildet. Nach der Monopolkommission⁵⁸ soll eine sachgerechte Abgrenzung zwischen SPNV und SPFV „im gesetzlich intendierten Wettbewerbsansatz“ vorliegen.⁵⁹ So sollen gemeinwirtschaftliche Leistungen dem SPNV und eigenwirtschaftliche Leistungen dem SPFV zugeordnet werden.

a. Gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistung

Was unter dem Begriff der „gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen“ und seinem Gegenbegriff der „eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen“ zu verstehen ist, ist dem den Schienenpersonenverkehr regelndem AEG nicht zu entnehmen. § 15 Abs. 1 Satz 1 AEG verweist lediglich für die Auferlegung oder Vereinbarung „gemeinwirtschaftlicher Leistungen“ auf die zwischenzeitlich aufgehobene Verordnung (EWG) Nr. 1191/69⁶⁰. Dabei handelt es sich nach wohl überwiegender Ansicht um einen

⁵⁸ Die Monopolkommission ist ein unabhängiges Beratungsgremium, das die Bundesregierung und die gesetzgebenden Körperschaften auf den Gebieten der Wettbewerbspolitik, des Wettbewerbsrechts und der Regulierung berät. Ihre Gutachten werden alle zwei Jahre erstellt und unter <https://www.monopolkommission.de/de/monopolkommission/aufgaben.html> veröffentlicht. Vgl. auch § 78 ERegG.

⁵⁹ Monopolkommission, Sondergutachten 55, Bahn 2009, S. 57f., abrufbar unter https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s55_volltext.pdf.

⁶⁰ Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26.06.1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs, ABl. Nr. L 156 S. 1-7.

dynamischen Verweis⁶¹, so dass auf die nunmehr geltende VO (EG) Nr. 1370/2007⁶² verwiesen wird.⁶³ Die Bedeutung des Begriffs ergab sich also ursprünglich aus der VO (EWG) Nr. 1191/69, welche Regelungen hinsichtlich der Vereinbarung oder Auflegung von „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ enthielt. Diese waren in Art. 2 Abs. 1 definiert als solche, „die das Verkehrsunternehmen im eigenen Interesse nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht unter den gleichen Bedingungen übernehmen würde“.⁶⁴ Eine nahezu identische Definition für „gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“ enthält nunmehr Art. 2 lit. e) der VO (EG) Nr. 1370/2007. Danach ist eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung

„eine von der zuständigen Behörde festgelegte oder bestimmte Anforderung im Hinblick auf die Sicherstellung von im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen Personenverkehrsdiensten, die der Betreiber unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen ohne Gegenleistung übernommen hätte.“

Der Begriff der „gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen“ darf jedoch nicht mit dem im nationalen Recht verwendeten Begriff der „gemeinwirtschaftlichen Leistungen“ verwechselt werden, da der europäische Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen viel weitreichender in der Bedeutung ist.⁶⁵

Aufgrund der Verweisung in § 15 AEG wird aber gefolgert, dass es sich bei gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen, angelehnt an die Definition der europäischen Begriffe, um Beförderungsleistungen handelt, für die keine kostendeckenden Beförderungsentgelte erbracht werden können und es sich daher in der Regel um unrentable Verkehre handelt, die einer staatlichen Kofinanzierung bedürfen.⁶⁶

⁶¹ Vgl. *Fehling/Linke* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Einleitung Rn. 103; *Gerstner* in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 1. Aufl. 2006, § 15 Rn. 5; A.A.: *Fehling* in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 15 Rn. 4, der davon ausgeht, dass es sich um eine statische Verweisung handeln muss, wegen der Gesetzesmaterialien aber davon ausgeht, dass § 15 „lückenfüllend im Sinne eines Verweises auf die neue VO (EG) Nr. 1370/2007 zu verstehen“ ist.

⁶² Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10. 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. L 315 S. 1, zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndVO (EU) 2016/2338 vom 14.12.2016, ABl. L 354 S. 22.

⁶³ Dass dies seitens des Gesetzgebers in § 15 AEG bisher nicht klargestellt wurde, ist wegen der in Art. 288 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) geregelten unmittelbaren Geltung von EU-Verordnungen in jedem Mitgliedstaat grundsätzlich unschädlich.

⁶⁴ Art. 2 Abs. 2 der VO (EWG) Nr. 1191/69 stellte klar, dass als solche Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes (nur) die Betriebspflicht, die Beförderungspflicht und die Tarifpflicht angesehen wurden. Eine nähere Beschreibung dieser drei Pflichten erfolgte in Art. 2 Abs. 3 bis 5 der Verordnung.

⁶⁵ Vgl. auch *Kaufmann/Linke* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 2 Rn. 25f.

⁶⁶ Vgl. *Fehling* in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 12ff.

b. Eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen

Im Gegensatz dazu werden unter eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen im Schienenpersonenverkehr solche verstanden, bei denen Eisenbahnverkehrsunternehmen Verkehrsleistungen allein auf Basis der Fahrgelderlöse kostendeckend betreiben können.⁶⁷

c. Abgrenzung nach dem gesetzlich intendierten Wettbewerbsansatz

Wegen der Kostenstrukturen im Markt des SPNV handelt es sich bei dort erbrachten Verkehrsdiensten regelmäßig um unrentable Verkehrsleistungen, bei denen die Eisenbahnverkehrsunternehmen auf eine Kofinanzierung durch die Länder angewiesen sind.⁶⁸ Wegen der hohen Nahverkehrs-Standards und der vergleichsweise günstigen Fahrpreise in Deutschland können die Eisenbahnverkehrsunternehmen die Leistungen selten ohne staatliche Kompensation erbringen; demgemäß wird im SPNV auch grundsätzlich von gemeinwirtschaftlichem Verkehr ausgegangen.⁶⁹ Im SPFV werden Verkehrsleistungen hingegen durchweg eigenwirtschaftlich erbracht, d. h. Unternehmen können Verkehrsleistungen eigenständig erbringen und nur auf Basis der Fahrgelderlöse eine positive Wirtschaftlichkeit erreichen, ohne auf eine Kofinanzierung von Aufgabenträgern angewiesen zu sein.⁷⁰ Die Monopolkommission stellt daher in diesem Zusammenhang fest, dass nach allgemeinem Begriffsgebrauch, gemäß dem gesetzlich beabsichtigten Wettbewerbsansatz, nur eigenwirtschaftlicher Verkehr zum Schienenpersonenfernverkehr gerechnet werden könne.⁷¹ Dem dargestellten Abgrenzungsansatz entsprechend soll daher nach dem Gutachten der Monopolkommission eine Abgrenzung zwischen SPNV und SPFV nach marktökonomischen Kriterien erfolgen und sollen alle Zugangebote dem SPFV zugeordnet werden, die nicht

⁶⁷ Der hingegen im Straßenpersonennahverkehr verwendete und in § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG legal definierte Begriff der „Eigenwirtschaftlichkeit“ kann wegen der unterschiedlichen Ordnungsrahmen dieser beiden Verkehrsträger nicht auf den SPNV übertragen werden. Vgl. *Linke*, Gewährleistung des Daseinsvorsorgeauftrags im ÖPNV, S. 88; *Fehling/Niehnus*, Der europäische Fahrplan für einen kontrollierten Ausschreibungswettbewerb im ÖPNV, DÖV 2008, 662 (667). Auch die in § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG getroffene Entscheidung, dass Verkehrsleistungen grundsätzlich eigenwirtschaftlich zu erbringen sind, ist dem SPNV fremd.

⁶⁸ Unter Verwendung von Regionalisierungsmitteln werden Verkehrsleistungen durch Aufgabenträger in einem Vergabeprozess bestellt, sog. „Bestellerprinzip“. Die Eisenbahnverkehrsunternehmen schließen dann mit den jeweiligen Aufgabenträgern öffentlich-rechtliche Verkehrsverträge ab, in denen geregelt wird, was die Unternehmen leisten müssen und welche Ausgleichsleistungen/ausschließlichen Rechte sie hierfür erhalten.

⁶⁹ Dass im SPNV derzeit eigenwirtschaftlich Verkehrsleistungen erbracht werden, ist nicht ersichtlich. Eine „den sozial-, umwelt-, struktur- und verkehrspolitischen öffentlichen Interessen entsprechende Nahverkehrsbedienung auf der Schiene“ ist nicht allein durch Fahrgelderlöse finanzierbar. Vgl. *Hermes* in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht – Band 1, 4. Aufl. 2019, § 26 II. Rn. 88; *Fehling*, Grundfragen des öffentlichen Nahverkehrs auf der Schiene, in: Rodi (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Personennahverkehrs, 2009, S. 139 (146). Auch wegen der sehr hohen Infrastrukturkosten (Trassen- und Stationspreise) in Deutschland lässt sich der SPNV kaum rentabel durchführen. Würde es diese nicht geben oder wären sie nur sehr gering, könnte es eigenwirtschaftlich zu betreibende SPNV-Teilnetze geben.

⁷⁰ Dementsprechend werden auch keine Verkehrsverträge mit Aufgabenträgern abgeschlossen, die Vorgaben für die Erbringung von Verkehrsleistungen enthalten.

⁷¹ Monopolkommission, Sondergutachten 55, Bahn 2009, S. 55.

einer öffentlich finanzierten Vergabe unterliegen. Da der gesamte SPFV de facto von den Eisenbahnverkehrsunternehmen eigenwirtschaftlich betrieben werde, könne eine sachgerechte Unterscheidung zwischen Nah- und Fernverkehr nach der Monopolkommission auch nur nach diesen Kriterien erfolgen.⁷²

Diesem praktischen Ansatz sind jedoch erhebliche Bedenken entgegenzuhalten, da er enorme Rechtsunsicherheiten birgt. Entsprechend dem Willen des Gesetzgebers ist die Abgrenzung von SPNV und SPFV mittels einer funktionalen Herangehensweise, durch eine Zuordnung des Hauptzwecks des Verkehrsdienstes zum Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr vorzunehmen. Eine Abgrenzung nach marktökonomischen Kriterien ist hingegen nicht vorgesehen. Überdies widerspricht ein derartiger Ansatz den verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Abgrenzung der Gewährleistungsverantwortung zwischen Bund und Ländern. Zwar entspricht nach den derzeitigen Marktverhältnissen die Abgrenzung zwischen SPNV und SPFV zugleich der Abgrenzung zwischen gefördertem und eigenwirtschaftlichem Verkehr. Soweit sich diese Verhältnisse jedoch – insbesondere im SPNV-Markt – ändern würden⁷³, könnte sich bei der wettbewerbsbezogenen Abgrenzung ein verfassungswidriger Zustand ergeben. Nach der von der Monopolkommission vorgeschlagenen Abgrenzung könnten nämlich allein marktwirtschaftliche Gegebenheiten über die Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern entscheiden.⁷⁴ Die Bestimmung dessen, was SPNV im Sinne des Grundgesetzes ist, muss jedoch einheitlich erfolgen und eine überschneidungsfreie Abgrenzung der Kompetenzen ermöglichen. Dies vermag der Wettbewerbsansatz der Monopolkommission nicht zu gewährleisten.

5. Ergebnis

Im Ergebnis kann eine einheitliche und verfassungskonforme Abgrenzung der Begriffe SPNV und SPFV nicht nach wettbewerbsökonomischen Kriterien erfolgen. Gemäß § 2 Abs. 12 Satz 1 AEG ist vielmehr die Zweckbestimmung der Züge maßgeblich, die in erster Linie von den betreibenden Eisenbahnverkehrsunternehmen festzulegen sind, wobei in Zweifelsfällen eine Abgrenzung nach der Reiseweite und -dauer der Mehrzahl der Beförderungsfälle erfolgen soll, vgl. § 2 Abs. 12 Satz 2 AEG. Dabei

⁷² Monopolkommission, Sondergutachten 55, Bahn 2009, S. 55.

⁷³ Z.B. durch eine Senkung der Trassenpreise bzw., wenn diese gänzlich entfielen. Wären die Infrastrukturkosten geringer, könnte es durchaus eigenwirtschaftlich zu betreibende SPNV-Teilnetze geben.

⁷⁴ In Deutschland stellt es sich gleichwohl so dar, dass unrentable Fernverkehrsstrecken durch die Eisenbahnverkehrsunternehmen eingestellt werden und die Länder für eine Bedienung „einspringen“ müssen. Vgl. hierzu *Fehling*, Grundfragen des öffentlichen Nahverkehrs auf der Schiene, in: Rodi (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Personennahverkehrs, 2009, S. 139 (158).

muss die subjektive Zweckbestimmung auf der Grundlage einer sachgerechten Prognose oder einer empirischen Erhebung erfolgen.⁷⁵

IV. Sylter-Autozugverkehr als SPNV?

Zu prüfen ist, ob der Autozugverkehr auf der Strecke zwischen Niebüll und Westerland nach den dargelegten Maßstäben dem SPNV zuzuordnen ist.

1. § 2 Abs. 12 Satz 1 AEG: Hauptzweck des Autozugverkehrsdienstes
 - a. Zweckbestimmung durch die DB Fernverkehr und RDC

Wie bereits dargestellt wurde, richtet sich die Einordnung des Hauptzwecks eines Verkehrsdienstes zunächst danach, welche Zweckbestimmung das jeweilige Eisenbahnverkehrsunternehmen seinen Zügen auf der Grundlage einer sachgerechten Prognose beimisst. Fraglich ist, ob die derzeitige Zweckbestimmung des Autozugs durch die Eisenbahnverkehrsunternehmen diesen Anforderungen gerecht wird. Die DB Fernverkehr ordnet den Autozug auf der Strecke Niebüll – Westerland der Zugart „AS-K“, zu und bezeichnet diesen als „Autoreisezüge im Regional- und Übersetzverkehr, z. B. AutoZugSylt (AZS)“ im SPFV⁷⁶. Eine nähere Begründung hinsichtlich der Zuordnung zum SPFV, obwohl der Zug sogar als Regionalverkehr bezeichnet wird, ist nicht ersichtlich. Da die Zuordnung jedoch der Abgrenzung der Zuständigkeiten dient, die sich aus dem Grundgesetz ergeben, kann diese subjektive Zweckbestimmung, wie bereits erwähnt wurde, nur ein Indiz sein. Maßgeblich sind vorrangig die tatsächlichen objektiven Gegebenheiten. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die folgende Prüfung – mangels entsprechender Verkehrserhebung⁷⁷ – lediglich rechtlich abstrakt vorgenommen werden kann. Für eine dem aktuellen Stand der Gegebenheiten entsprechende Einordnung müsste zunächst eine umfangreiche empirische Erhebung zu den Autozugverkehrsdiensten erfolgen.

- b. Stadt- und Vorortverkehr

Fraglich ist, ob es sich bei dem Autozugverkehr nach Sylt gemäß § 2 Abs. 12 Satz 1 AEG um einen Verkehrsdienst handelt, dessen Hauptzweck es ist, die Verkehrsbedürfnisse im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr abzudecken. Nach der Legaldefini-

⁷⁵ Oebbeke, Was ist Personennahverkehr?, NVwZ 2017, 1084 (1089).

⁷⁶ Stammdaten (Zugartungen), abrufbar unter https://www.dbnetze.com/infrastruktur-de/Kundeninformationen/2017_15_tpn_stammdaten-1443264.

⁷⁷ Es existieren lediglich allgemeine Angaben zu Fahrgastzahlen und Gesamtpünktlichkeiten, vgl. BT-Drs. 19/10546 und BT-Drs. 17/3805.

tion in § 2 Abs. 16 AEG wird unter „Stadt- und Vorortverkehr“ ein Verkehrsdienst verstanden, dessen

„Hauptzweck es ist, die Verkehrsbedürfnisse eines Stadtgebietes oder eines, auch grenzüberschreitenden, Ballungsraumes sowie die Verkehrsbedürfnisse zwischen einem Stadtgebiet oder Ballungsraum und dem Umland abzudecken.“⁷⁸

Nach § 2 Abs. 17 AEG ist ein Ballungsraum ein städtisches Gebiet mit einer Einwohnerzahl von mehr als 250 000 Einwohnern oder ein Gebiet mit einer Bevölkerungsdichte von mehr als 1 000 Einwohnern pro Quadratkilometer. Klassischerweise dienen Verkehrsdienste der Stadtschnellbahnen/S-Bahnen dem Hauptzweck, den Verkehrsbedarf einer Stadt und ihres Umlandes zu decken.⁷⁹ Hauptzweck des Autozugverkehrsdienstes, der ausschließlich zwischen der Stadt Niebüll und Westerland als Ortsteil der Gemeinde Sylt verkehrt, ist es nicht, die Verkehrsbedürfnisse einer Stadt als solche oder eines Ballungsraums und deren Umland abzudecken. Der Streckenverlauf hat nur zwei Haltestationen, den Verladebahnhof in Niebüll und den in Westerland. Das bedeutet, dass der Verkehrsdienst nicht innerhalb eines Stadtgebietes verläuft, sondern über diese Grenzen hinaus bis zur Gemeinde Sylt. Der Verkehrsbedarf eines Stadtgebietes wird somit nicht abgedeckt. Auch handelt es sich bei dem Gebiet zwischen Niebüll und Westerland nicht um einen Ballungsraum im Sinne des § 2 Abs. 17 AEG. Zudem kann die Strecke von und nach Sylt auch nicht mehr als „Umland“ der Stadt Niebüll bzw. der Gemeinde Sylt eingeordnet werden. Hauptzweck der Autozugverkehrsleistung ist es demgemäß nicht, die Bedürfnisse des Stadt- und Vorortverkehrs zu befriedigen.

c. Regionalverkehr

Der Autozugverkehrsdienst könnte jedoch als „Regionalverkehr“⁸⁰ klassifiziert werden. Nach § 2 Abs. 18 AEG ist „Regionalverkehr“ ein Verkehrsdienst,

⁷⁸ Die Definition geht auf die europäische Begriffsbestimmung in Art. 1 Abs. 2 der VO (EWG) 1191/69 zurück. Sowohl in der RL 91/440/EWG als auch in der VO (EWG) Nr. 1191/69 i. d. F. VO (EWG) Nr. 1893/91 wurde nach der Reichweite der Verkehre unterschieden. In Art. 2 Abs. 2 der RL 91/440/EWG wurden Verkehre mit geringer Reichweite vom Geltungsbereich ausgenommen und in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 VO (EWG) Nr. 1191/69 wurde den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet, diese Verkehre vom Anwendungsbereich der Verordnung auszunehmen. Die Bezeichnung für solche Verkehre ist in beiden Bestimmungen „Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr“. Gemäß der Begründung zum Gesetzentwurf wurde zu § 2 Abs. 5 AEG a. F. ausdrücklich auf die VO (EWG) Nr.1191/69 verwiesen, vgl. BT-Drs. 12/4609 S. 25. Der Gesetzgeber wollte somit keine vom Europarecht abweichende Abgrenzung vornehmen.

⁷⁹ Vgl. *Fehling* in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 135.

⁸⁰ Hierunter fallen typischerweise die Leistungen „RegionalExpress“ und „Regional-Bahn“. Vgl. *Fehling* in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 135; *Neumann*, Daseinsvorsorgeaufgabe Schienenpersonennahverkehr, 2015, S. 32; *WD BT*, Abgrenzung der Begriffe Schienenpersonenfern- und Schienenpersonennahverkehr sowie Zuständigkeiten für das Schienennetz, 2019, WD 5-3000-071/19, S. 7.

„dessen Hauptzweck es ist, die Verkehrsbedürfnisse einer, auch grenzüberschreitenden, Region abzudecken.“⁸¹

Problematisch an dieser Definition ist insbesondere die unscharfe Begriffsbestimmung der „Region“; auslegungsbedürftig ist auch, was unter einem Verkehrsbedürfnis zu verstehen ist.

Fraglich ist, wie die Grenzen einer Region festzulegen sind. Die Begrifflichkeit wird im Hinblick auf den jeweiligen Zweck sehr unterschiedlich verstanden und kann nicht in jedem Bereich geografisch genau eingegrenzt werden. Administrative Grenzen sind somit nicht ausschlaggebend.⁸² Der Begriff ist vielmehr verkehrsrechtlich zu bestimmen.⁸³ Dabei können Einteilungen der Raumplanung⁸⁴ wie beispielsweise Pendlerverflechtungen oder oberzentrale Versorgungsbeziehungen ein Indiz für die Abgrenzung sein.⁸⁵ Der Verkehr innerhalb einer Region kann somit auch über lange Strecken reichen und weit über eine Entfernung von 50 Kilometer hinausgehen. Er kann auch den Verkehr zwischen einem Ballungsraum und seinem Umland umfassen.⁸⁶ Ein Verkehr, der über eine Region hinausgeht, ist hingegen kein Regionalverkehr, denn anders als bei einem Ballungsraum wird der Verkehr mit dem Umland einer Region nicht erfasst.⁸⁷ Eine trennscharfe Definition und Abgrenzung einer Region ist demgemäß aber kaum möglich.

Die Streckenführung der Autozüge von Niebüll nach Westerland verläuft innerhalb des Kreises Nordfriesland⁸⁸. Der Streckenverlauf liegt somit jedenfalls nicht innerhalb mehrerer Regionen im verkehrsrechtlichen Sinne, so dass angenommen werden kann, dass die Strecke inmitten einer Region liegt. Ob Nordfriesland bereits eine eigene verkehrsrechtliche Region darstellt und wo die verkehrsrechtlichen Grenzen liegen, bedarf somit keiner genauen Einordnung. Fraglich ist jedoch, ob der Autozugverkehr auch dem Hauptzweck dient, den Verkehrsbedarf der Region abzudecken. Nicht näher definiert ist, was unter „Verkehrsbedürfnissen“ zu verstehen ist. Nach einem allgemeinen Begriffsverständnis muss es sich jedoch dabei um einen Verkehr

⁸¹ Die Definition des Begriffes Regionalverkehr geht ebenfalls auf die europäische Begriffsbestimmung in Art. 1 Abs. 2 der VO (EWG) 1191/69 zurück, siehe FN 77.

⁸² Oebbecke, Was ist Personennahverkehr?, NVwZ 2017, 1084 (1087); WD BT, Abgrenzung der Begriffe Schienenpersonenfern- und Schienenpersonennahverkehr sowie Zuständigkeiten für das Schienennetz, 2019, WD 5-3000-071/19, S. 8.

⁸³ Oebbecke, Was ist Personennahverkehr?, NVwZ 2017, 1084 (1087); WD BT, Abgrenzung der Begriffe Schienenpersonenfern- und Schienenpersonennahverkehr sowie Zuständigkeiten für das Schienennetz, 2019, WD 5-3000-071/19, S. 8.

⁸⁴ Vgl. beispielsweise die Übersicht im Raumordnungsbericht 2017, BT-Drs. 18/13700 S. 40.

⁸⁵ Vgl. Oebbecke, Was ist Personennahverkehr?, NVwZ 2017, 1084 (1087); WD BT, Abgrenzung der Begriffe Schienenpersonenfern- und Schienenpersonennahverkehr sowie Zuständigkeiten für das Schienennetz, 2019, WD 5-3000-071/19, S. 8.

⁸⁶ WD BT, Abgrenzung der Begriffe Schienenpersonenfern- und Schienenpersonennahverkehr sowie Zuständigkeiten für das Schienennetz, 2019, WD 5-3000-071/19, S. 8.

⁸⁷ WD BT, Abgrenzung der Begriffe Schienenpersonenfern- und Schienenpersonennahverkehr sowie Zuständigkeiten für das Schienennetz, 2019, WD 5-3000-071/19, S. 8.

⁸⁸ Vgl. <https://www.nordfriesland.de/Kreis-Verwaltung/Zahlen-Daten-Fakten>.

handeln, dessen Hauptzweck es ist, zumindest ein verkehrliches Grundbedürfnis zu decken, wobei sich das jeweilige Grundbedürfnis nach den tatsächlichen Gegebenheiten des Verkehrs und der Infrastruktur richten muss. Nach hiesiger Einschätzung liegt der Hauptzweck des Autozugverkehrs nach Sylt vorrangig darin, Touristen mit ihrem eigenen PKW auf die Insel und von dieser zum Festland zu transportieren.⁸⁹ Ob ein solcher Verkehr der Befriedigung des Verkehrsbedürfnisses im Sinne des § 2 Abs. 18 AEG dient, könnte mit der Begründung abgelehnt werden, dass Touristen die Insel auch über die „normalen“ Regionalzüge erreichen können und die Mitnahme des PKWs daher eher als eine „Luxusdienstleistung“ einzuordnen ist, als dass hiermit ein Grundbedürfnis abgedeckt wird. Eine Zuordnung zum SPNV wäre damit nicht zweifelsfrei möglich, so dass es in einem zweiten Schritt auf die Zweifelsregelung ankäme. Andererseits könnte argumentiert werden, dass gerade, weil viele Touristen die Möglichkeit des Autozugverkehrsdienstes nutzen, hieraus auch ein Bedarf für die Gemeinde Sylt resultiert und der Hauptzweck des Autozuges darin besteht, diesen Bedarf zu befriedigen. Bei dieser Argumentation würde es sich zweifelsfrei um SPNV im Sinne des § 2 Abs. 12 AEG handeln. Dass Hauptzweck des Autozuges die Beförderung von Pendlern darstellt, erscheint hingegen fragwürdig. Angesichts der hohen Kosten eines Autotransportes und des relativ hohen Aufwandes – sowohl in finanzieller als auch in zeitlicher Hinsicht – dürfte die Nutzung des Autozugverkehrsdienstes durch Pendler eine nur untergeordnete Rolle spielen. Ebenfalls nicht abschließend zu klären ist, mangels einer entsprechenden Befragung der Fahrgäste der Autozüge, inwieweit die Bewohner der Insel auf den Autozugverkehr angewiesen sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Autozug neben der „Syltfähre“⁹⁰ die einzige Möglichkeit für die Insulaner darstellt, Sylt mit ihrem eigenen PKW zu erreichen und zu verlassen. Insoweit könnte vertreten werden, dass der Autozugverkehr das Bedürfnis der Insulaner, die Insel mit ihrem eigenem PKW zu erreichen und zu verlassen, befriedigt und somit hierdurch jedenfalls teilweise die Verkehrsbedürfnisse der Region abgedeckt werden. Ob dies dann allerdings auch den Hauptzweck der Züge darstellt, ist fraglich. Es kann jedoch letztlich offenbleiben, ob die vorstehenden Argumente greifen, da die Zweifelsregelung – vgl. die folgende Prüfung – jedenfalls eine eindeutige Zuordnung ermöglicht.

d. Zwischenergebnis

Im Ergebnis handelt es sich beim Autozugverkehr nicht um Stadt- und Vorortverkehr. Es kann jedoch mangels Verkehrserhebung nicht zweifelsfrei festgestellt werden, ob

⁸⁹ In einer Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage aus November 2010, teilte diese mit, dass keine Angaben darüber vorliegen, wie viele Urlaubs- und Tagesgäste mit eigenen Autos anreisen, vgl. BT-Drs. 17/3805. Solche Daten sind nach derzeitigem Erkenntnisstand auch bis heute nicht eingeholt worden.

⁹⁰ Nähere Informationen unter <https://www.syltfaehre.de/>.

der Autozugverkehr dem Hauptzweck dient, die Verkehrsbedürfnisse im Regionalverkehr abzudecken, so dass es für die weitere Prüfung auf die subsidiäre Legalvermutung des § 2 Abs. 12 Satz 2 AEG ankommt.⁹¹

2. § 2 Abs. 12 Satz 2 AEG: Zweifelsregelung

Gemäß § 2 Abs. 12 Satz 2 AEG ist im Zweifel anzunehmen, dass Hauptzweck des Verkehrsdienstes die Bedienung der Verkehrsbedürfnisse im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr ist, soweit die gesamte Reiseweite 50 Kilometer oder die gesamte Reisezeit eine Stunde in der Mehrzahl der Beförderungsfälle nicht übersteigt. Abzustellen ist dabei nur auf die Reisedauer der Mehrheit der Fahrgäste eines Zuges sowie auf die Gesamtbeförderungsweite in allen während eines konkreten Beförderungsfalls⁹² benutzten Zügen.⁹³

Die Streckenlänge des Autozugverkehrs zwischen Niebüll – Westerland beträgt 39,3 Kilometer mit einer Reisezeit von ca. 35 Minuten.⁹⁴ Da auf dieser Strecke eigene Verladestationen existieren und kein „Umsteigen“ oder Ähnliches erfolgt, ist somit die Reisezeit und -dauer bei jedem Fahrgast identisch, so dass die Zweifelsregelung greift. Fraglich ist allerdings, ob bei der Beurteilung der Frage, ob die Mehrzahl der Fahrgäste eine Strecke von nicht mehr als 50 Kilometern zurücklegt bzw. nicht länger als eine Stunde unterwegs ist, auch andere Verkehrsmittel berücksichtigt werden können und müssen. Es kann – vorbehaltlich einer entsprechenden Datenerhebung – davon ausgegangen werden, dass eine überwiegende Anzahl der Fahrgäste Urlaubsgäste der Insel Sylt sind, die aus ganz Deutschland oder gar dem Ausland anreisen. Würde man diese Anfahrt der Mehrzahl der Fahrgäste mit dem eigenen PKW miteinberechnen, so müsste davon ausgegangen werden, dass es sich um Fernreisende handelt, da eine Gesamtbeförderungsweite und Reisedauer von über 50 Kilometer bzw. über einer Stunde gegeben ist. Auch wenn es sich bei dem Autozugverkehr um einen besonderen, in Deutschland in dieser Form einmaligen Verkehrsdienst handelt, widerspräche eine derartige Auslegung dem Gesetzeswortlaut und dem Willen des Gesetzgebers und führte zu erheblichen Abgrenzungsproblematiken. So heißt es in der Begründung zum Gesetzentwurf:

⁹¹ Könnte anhand einer statistischen Datensammlung zweifelsfrei festgestellt werden, dass der Autozugverkehr gerade nicht dem Hauptzweck dient, die Verkehrsbedürfnisse im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr abzudecken, so handelt es sich nicht um SPNV, auf die Zweifelsregelung kommt es dann nicht an.

⁹² Dies kann nur der einzelne Fahrgast sein, vgl. *Fehling* in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 136.

⁹³ Vgl. Ausführungen unter A. III. 3. b.

⁹⁴ Vgl. <https://www.sylt.de/reise-service/anreise/sylt-shuttle-db-autozug.html>; <https://www.sylt.de/reise-service/anreise/rdc-autozug-sylt.html>; BT-Drs. 19/10546 S. 1.

„Zugrundegelegt werden nicht nur die im jeweiligen Zug zurückgelegte Reiseentfernung bzw. Reisedauer, sondern die Gesamtbeförderungsweite und Reisedauer in allen während einer Reise mit der Eisenbahn benutzten Zügen (z. B. Benutzung eines Nahverkehrszuges und eines IC-Zuges über eine Gesamtweite von 85 km; wenn davon 6 km auf den Nahverkehrszug entfallen, fällt dieser Beförderungsfall nicht unter den Nahverkehrsbegriff im Sinne des Absatz 5).“⁹⁵

Die besondere Situation der Autozugverkehrsdienste auf der Strecke Niebüll – Westerland wird der Gesetzgeber zwar nicht in seine Erwägungen einbezogen haben; gleichwohl widerspräche eine Einbeziehung fremder Verkehrsmittel der Systematik des gesamten Eisenbahnverkehrsrechts.

Folglich ist nur auf die tatsächlich Reiseweite und -dauer ab den jeweiligen Autoverladestationen in Niebüll und Westerland abzustellen. Demgemäß liegt die Reiseweite und -dauer aller Fahrgäste unter 50 Kilometer und unter einer Stunde, womit gemäß § 2 Abs. 12 Satz 2 AEG anzunehmen ist, dass Hauptzweck der Autozüge die Bedienung der Verkehrsbedürfnisse im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr ist und es sich somit um SPNV im Sinne des Allgemeinen Eisenbahnrechts handelt.

3. Ergebnis

Vorbehaltlich einer noch durchzuführenden Verkehrserhebung wird unter Anwendung der in § 2 Abs. 12 Satz 2 AEG enthaltene Zweifelsregelung vermutet, dass Hauptzweck der Verkehrsdienste die Bedienung der Verkehrsbedürfnisse im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr ist. Im Ergebnis handelt es sich daher um SPNV im Sinne des § 2 Abs. 12 AEG.

V. Feststellung der Zugehörigkeit zum SPNV durch Hoheitsakt

Fraglich ist, welche Möglichkeiten dem Land Schleswig-Holstein zur Verfügung stehen, die Zugehörigkeit des Autozugverkehrsdienstes zum SPNV behördlich und/oder gerichtlich feststellen zu lassen.

1. Feststellung der Eisenbahneigenschaft nach § 2a Nr. 2 AEG

Nach § 2a Nr. 2 AEG stellt die für Eisenbahnverkehr zuständige oberste Landesbehörde, soweit es sich nicht um Schienenbahnen des Bundes handelt, auf Antrag im Benehmen mit dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur fest, ob

⁹⁵ BR-Drs. 131/93 S. 97.

Schienenpersonennahverkehr im Sinne des § 2 Abs. 12 AEG vorliegt. Nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a GG sind „Eisenbahnen des Bundes“ alle Eisenbahnen, die ganz oder mehrheitlich im Eigentum des Bundes stehen. Bei solchen entscheidet allein das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, ob SPNV vorliegt (Verwaltungskompetenz des Bundes, vgl. Art. 87e Abs. 1 Satz 1 GG).⁹⁶ Das Land könnte also nur für die RDC eine Feststellung treffen und nicht für den Sylt Shuttle.

Unter oberste Landesbehörden sind die obersten Landesverkehrsbehörden zu verstehen. In Schleswig-Holstein ist dies das für das Verkehrswesen zuständige Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Arbeit, Technologie und Tourismus (vgl. § 5 Abs. 1 LVwG). Zur Sicherstellung eines „bundeseinheitlichen Vollzuges“ kann die Entscheidung nur im Benehmen mit dem Bundesverkehrsministerium erfolgen.⁹⁷ „Im Benehmen“ bedeutet dabei weniger als ein „Einvernehmen“⁹⁸, denn bei einem gesetzlich angeordneten Einvernehmen einer anderen Behörde wird dessen ausdrückliche Zustimmung benötigt. Für das Herstellen des Benehmens ist hingegen keine Zustimmung der anderen Behörde nötig. § 2a AEG räumt dem Bundesverkehrsministerium daher keinen Zustimmungsvorbehalt ein. Es muss lediglich eine – für die Landesverkehrsbehörde unverbindliche – Stellungnahme des Bundesverkehrsministeriums eingeholt werden.⁹⁹ Bei der Feststellung nach § 2a AEG handelt es sich um einen feststellenden Verwaltungsakt gemäß § 106 Abs. 1 LVwG. Gegen die Entscheidung der obersten Landesbehörde ist gemäß § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwGO der Widerspruch nicht statthaft, entsprechend kann ohne Vorverfahren Klage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht erhoben werden.¹⁰⁰

Eine solche Feststellung kann jedoch nur auf Antrag erfolgen. Antragsberechtigt sind dabei unproblematisch die „betroffenen Unternehmer“¹⁰¹, also Eisenbahnverkehrsunternehmen und Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Sinne des § 2 Abs. 1 AEG. Fraglich ist jedoch, ob auch der Aufgabenträger, das Land Schleswig-Holstein bzw. die „NAH.SH GmbH“¹⁰², einen solchen Antrag stellen kann. Der Kreis der Antragsbe-

⁹⁶ Vgl. *Fehling* in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 151; WD BT, Abgrenzung der Begriffe Schienenpersonenfern- und Schienenpersonennahverkehr sowie Zuständigkeiten für das Schienennetz, 2019, WD 5-3000-071/19, S. 10.

⁹⁷ Vgl. BT-Drs. 18/8334 S. 319.

⁹⁸ Vgl. beispielsweise in § 36 Abs. 1 Satz 2, 1. Hs. BauGB.

⁹⁹ *Fehling* in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 154.

¹⁰⁰ *Fehling* in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 157; Zu einer gerichtlichen Entscheidung oder einer Beteiligung des Bundesverkehrsministeriums an einer Entscheidung nach § 2a AEG ist es – soweit ersichtlich – bisher noch nicht gekommen. Vgl. *Fehling* in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 157 und BT-Drs. 18/8334 S. 323.

¹⁰¹ Vgl. *Fehling* in: Hermes/Sellner (Hrsg.), Beck'scher AEG-Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 157.

¹⁰² Nach § 2 Abs. 1 ÖPNVG-SH ist Aufgabenträger das Land Schleswig-Holstein. Im Auftrag des Landes Schleswig-Holstein organisiert die „NAH.SH GmbH“ den SPNV. Gesellschafter der NAH.SH GmbH sind das Land Schleswig-Holstein und die 15 Kreise und kreisfreien Städte. Im Verkehrsverbund wirken Kreise, kreisfreie Städte und das Land Schleswig-Holstein gemeinsam.

rechtigten ist in § 2a AEG nicht ausdrücklich benannt. Der Wortlaut lässt somit zunächst auf ein weites Verständnis der Antragsbefugnis schließen.

Aus den Gesetzesmaterialien ergeben sich ebenfalls keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kreis der Antragsberechtigten begrenzt sein soll. Die zuvor in § 2 Abs. 7 AEG a. F. enthaltene, nahezu identische Regelung wurde im Zuge der Umsetzung des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs im Eisenbahnrecht in § 2a AEG übernommen. Der Wortlaut des § 2a AEG ist dahingehend geändert worden, dass es nunmehr statt:

„Die beteiligten obersten Landesverkehrsbehörden entscheiden (...) in Zweifelsfällen im Benehmen (...)“,

„Die für Eisenbahnverkehr zuständige oberste Landesbehörde stellt auf Antrag (...) im Benehmen (...) fest (...)“,

heißt. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich zudem, dass der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf anregte, den Wortlaut „in Zweifelsfällen“ beizubehalten und „auf Antrag“ zu streichen.¹⁰³ Die Bundesregierung führt dazu lediglich aus, dass sie diesen Vorschlag mit folgender Begründung ablehne:

„Die Regelung soll Klarheit darüber bringen, ob es sich bei dem betreffenden Unternehmen um eine Eisenbahn im Sinne des Allgemeinen Eisenbahngesetzes bzw. bei den erbrachten Verkehrsdiensten um Schienenpersonennahverkehr handelt. Anträge werden nur in Zweifelsfällen gestellt werden.“

Im Übrigen wird in der Begründung zum Gesetzentwurf zu § 2a AEG nur knapp ausgeführt:

„Die Regelung entspricht der des geltenden § 2 Absatz 7 AEG und regelt ein Verfahren für Zweifelsfälle. Das materielle Kriterium für die Prüfung befindet sich für Nummer 1 in § 1 Absatz 2 AEG und für Nummer 2 in § 2 Absatz 12 AEG.“¹⁰⁴

Den Gesetzesmaterialien ist somit weder zu entnehmen, wer Kreis der Antragsberechtigten werden sollte, noch, aus welchen Gründen der Gesetzgeber nunmehr ein Verfahren von Amts wegen ausschließen wollte.

Entsprechend dem geänderten Wortlaut darf die oberste Landesbehörde jedoch nicht mehr von sich aus tätig werden. Dieses Erfordernis würde allerdings umgan-

¹⁰³ Vgl. BT-Drs.18/8334 S. 297.

¹⁰⁴ BR-Drs. 22/16 S. 367.

gen, wenn das Land Schleswig-Holstein als Aufgabenträger antragsberechtigt wäre. Folglich können Aufgabenträger keinen entsprechenden Antrag stellen, um behördlich feststellen zu lassen, ob es sich bei einer Verkehrsleistung um SPNV im Sinne des § 2 Abs. 12 AEG handelt.

2. Gerichtliche Entscheidung

Das Land als Aufgabenträger könnte eine gerichtliche Entscheidung indirekt herbeiführen, indem ein Eisenbahnverkehrsunternehmen gegen die Vergabe des Autozugverkehrsdienstes den Rechtsweg bestreitet.

Im SPNV gilt überwiegend das „Bestellerprinzip“ und Verkehrsleistungen werden durch die Länder grundsätzlich in einem wettbewerblichen Verfahren nach den Vorgaben der VO (EG) Nr. 1370/2007 ausgeschrieben und vergeben.¹⁰⁵ Fraglich ist daher, ob das Land eine Befassung eines Gerichtes dadurch erreichen könnte, dass eine „Vorveröffentlichung“ im Sinne des Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 als erster Schritt für ein wettbewerbliches Vergabeverfahren nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 durchgeführt wird und ein Eisenbahnverkehrsunternehmen ggf. bereits gegen eine solche Vorveröffentlichung gerichtlich vorgeht. In einer Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Sinne des Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 müssen Mindestinhalte wie beispielsweise die betroffenen Dienste und Gebiete, sowie die Ziele der Vergabe angegeben werden.¹⁰⁶ Die zuständige Behörde ist nach Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 verpflichtet die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass diese Angaben spätestens ein Jahr vor Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht werden.¹⁰⁷ Sie muss überdies kenntlich machen, wann das Vergabeverfahren als Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb begonnen werden soll, vgl. Art. 7 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007. Die Veröffentlichung dient dem allgemeinen Transparenzgebot und ermöglicht es den Verkehrsunternehmen, frühzeitig von dem beabsichtigten Vergabeverfahren Kenntnis zu nehmen und zu prüfen, ob sie sich hierfür bewerben möchten.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Vgl. Ausführungen unter A. III. 1. und unter B. I. 1.

¹⁰⁶ Vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. a bis c. VO (EG) 1370/2007; *Schröder*, Inhalt, Gestaltung und Praxisfragen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens nach der neuen europäischen ÖPNV-Verordnung, NVwZ 2008, 1288 (1292).

¹⁰⁷ *Schröder*, Inhalt, Gestaltung und Praxisfragen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens nach der neuen europäischen ÖPNV-Verordnung, NVwZ 2008, 1288 (1292); *Fehling/Linke* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 7 Rn. 37f.

¹⁰⁸ Vgl. *Schröder*, Inhalt, Gestaltung und Praxisfragen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens nach der neuen europäischen ÖPNV-Verordnung, NVwZ 2008, 1288 (1292); *Fehling/Linke* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 7 Rn. 37f.

Das wettbewerbliche Vergabeverfahren als solches wird durch eine Vorveröffentlichung allerdings noch nicht förmlich eingeleitet.¹⁰⁹ Das konkrete wettbewerbliche Verfahren wird erst nach Ablauf der Jahresfrist i. S. v. Art. 7 Abs. 2 VO mit einer Bekanntgabe eingeleitet.¹¹⁰ Bei einer Vorveröffentlichung in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren¹¹¹ handelt es hingegen lediglich um die Ankündigung einer geplanten Ausschreibung. Durch diese Ankündigung wird die Behörde auch nicht zur späteren Vergabe verpflichtet.¹¹² Inhaltliche Änderungen der Vorveröffentlichung sind ebenfalls noch bis zur Einleitung des Vergabeverfahrens möglich.¹¹³ Aus diesem Grund ist auch ein Rechtsschutz vor den Vergabekammern im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens nicht schon ab der Vorveröffentlichung möglich, sondern erst ab Beginn der Einleitung des Vergabeverfahrens, vgl. § 155 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)¹¹⁴; vor diesem Zeitpunkt ist ein Nachprüfungsantrag hingegen unzulässig.¹¹⁵

Fraglich ist, ob sich ein Eisenbahnverkehrsunternehmen gegen eine solche Vergabeabsicht mit der Begründung, dass eine solche bereits unzulässig sei, dennoch gerichtlich wenden könnte. In Betracht käme eine Prüfung der Zulässigkeit der Vergabe mittels einer allgemeinen zivilrechtlichen Feststellungsklage. Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann eine Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird. Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis liegt vor, wenn sich aus dem vorgetragenen Sachverhalt eine rechtliche Beziehung von Personen untereinander oder zu einem Gegenstand ableiten lässt.¹¹⁶ Ein Feststellungsinteresse, welches eng verwandt ist

¹⁰⁹ Vgl. Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007: „(...) ein Jahr vor Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens (...)“. Dadurch wird klargestellt, dass die Bekanntmachung nicht das wettbewerbliche Vergabeverfahren selbst einleiten soll, sondern dieses lediglich ankündigt. Vgl. *Schröder*, Inhalt, Gestaltung und Praxisfragen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens nach der neuen europäischen ÖPNV-Verordnung, NVwZ 2008, 1288 (1293); *Fehling/Linke* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 7 Rn. 37f.

¹¹⁰ *Linke/Prieß* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 5 Rn. 179; Eine erneute Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union ist allerdings nicht erforderlich. Vgl. *Linke/Prieß* in: ders., VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 5 Rn. 166; *Schröder* in: ders./Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 17. EL Dezember 2018, VO 1370, Art. 5 Abs. 3 Rn. 32f.; *Schröder*, Inhalt, Gestaltung und Praxisfragen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens nach der neuen europäischen ÖPNV-Verordnung, NVwZ 2008, 1288 (1293).

¹¹¹ Der Beginn des Vergabeverfahrens bei einer Direktvergabe ist hingegen umstritten, vgl. nähere Ausführungen bei *Fehling/Linke* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 7 Rn. 51a.

¹¹² *Fehling/Linke* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 7 Rn. 51c; *Fandrey* in: Saxinger/Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 9. EL September 2015, VO 1370, Art. 7 Abs. 2 Rn. 3.

¹¹³ Dennoch ist die Behörde grds. gebunden, da ansonsten keine für die Vergabe erforderliche Vorabveröffentlichung gegeben ist, vgl. *Fehling/Linke* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 7 Rn. 51c; *Fandrey* in: Saxinger/Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 9. EL September 2015, VO 1370, Art. 7 Abs. 2 Rn. 3.

¹¹⁴ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.06.2013, BGBI. I S. 1750, zuletzt geändert durch Art. 10 G zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage vom 12.07.2018, BGBI. I S. 1151.

¹¹⁵ Vergabekammer Ansbach, Beschluss vom 08.05.2018 – RMF-SG21-3194-3-7 –, Rn. 34f., juris.

¹¹⁶ Vgl. *Reichhold* in: Thomas/Putzo, ZPO Kommentar, 31. Aufl. 2010, § 256 Rn. 3; *Foerste* in: Musielak/Voit/Foerste, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 256 Rn. 2.

mit dem Rechtsschutzbedürfnis, liegt vor, wenn dem Recht oder der Rechtslage eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und ein Feststellungsurteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen.¹¹⁷ Dabei erscheint sowohl das Vorliegen eines Rechtsverhältnisses als auch eines Feststellungsinteresses fraglich. Eine Vorveröffentlichung ist, wie bereits erwähnt wurde, nicht verbindlich. Die Behörde wird gerade nicht zur späteren Vergabe verpflichtet, und auch Änderungen sind noch bis zur förmlichen Einleitung des Vergabeverfahrens möglich. Demgemäß würde sich ein Gericht mit einer rechtlichen Vorfrage befassen, die erst bei einer tatsächlichen Einleitung des Vergabeverfahrens ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis begründet. Die Befassung eines Gerichtes mit solchen Vorfragen soll jedoch vermieden werden, um eine mehrfache gerichtliche Befassung mit derselben Rechtssache zu verhindern.¹¹⁸ Da bei tatsächlicher Einleitung des Vergabeverfahrens die Möglichkeit besteht, die Vergabe durch einen Nachprüfungsantrag vor den Vergabekammern überprüfen zu lassen, bestünde die Gefahr, dass Gerichte sich mehrfach mit der Frage der Zulässigkeit der Vergabe befassen müssten. Überdies wäre ein Eisenbahnverkehrsunternehmen durch ein Abwarten bis zur Einleitung des Vergabeverfahrens nicht schlechter gestellt: Nach Eingang eines Nachprüfungsverfahrens prüft die Vergabekammer, ob die Zugangsvoraussetzungen¹¹⁹ vorliegen, und übermittelt den Antrag dem öffentlichen Auftraggeber, vgl. § 163 Abs. 2 GWB. Mit der Übermittlung des Antrags besteht dann ein Zuschlagsverbot nach § 169 Abs. 1 GWB. Das bedeutet, der öffentliche Auftraggeber darf den Auftrag bis zur Entscheidung der Vergabekammer nicht erteilen. Ein dennoch erteilter Zuschlag ist unwirksam. Ein Eisenbahnverkehrsunternehmen wäre also hinreichend vor einer möglicherweise rechtswidrigen Vergabe geschützt. Folglich wäre eine zivilrechtliche Feststellungsklage jedenfalls mangels eines Feststellungsinteresses unzulässig.

Das Land Schleswig-Holstein könnte jedoch nach Ablauf der Jahresfrist das konkrete wettbewerbliche Verfahren mit einer Vergabebekanntmachung förmlich einleiten.¹²⁰ Hiergegen wird die DB Fernverkehr oder die RDC wahrscheinlich ein Nachprüfungsverfahren bei der zuständigen Vergabekammer beantragen, die ein solches bei Vorliegen der Voraussetzung einleiten wird, vgl. § 160 Abs. 1 GWB. Vor den Vergabenachprüfungsinstanzen würde dann insoweit geprüft werden, ob die Vergabe des Autozugverkehrsdienstes zulässig ist.

¹¹⁷ *Bacher* in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), BeckOK ZPO, 34. Ed., Stand 01.09.2019, § 256 Rn. 20; *Foerste* in: Musielak/Voit/Foerste, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 256 Rn. 8.

¹¹⁸ Vgl. *Foerste* in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO, 16. Aufl. 2019, § 256 Rn. 4; *Becker-Eberhard* in: Rauscher/Krüger, MüKoZPO, 5. Aufl. 2016, § 256 Rn. 11; *Bacher* in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), BeckOK ZPO, 34. Ed., Stand 01.09.2019, § 256 Rn. 20.7.

¹¹⁹ Vgl. § 160 GWB.

¹²⁰ Vgl. *Schröder*, Inhalt, Gestaltung und Praxisfragen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens nach der neuen europäischen ÖPNV-Verordnung, NVwZ 2008, 1288 (1293).

VI. Gesamtergebnis

Im Ergebnis lässt sich der Autozugverkehr auf der Strecke zwischen Niebüll und Westerland dem SPNV zuordnen. Eine gerichtliche Entscheidung über eine entsprechende Einordnung des Autozugverkehrsdienstes zum SPNV ließe sich nur dadurch herbeiführen, dass das Land Schleswig-Holstein durch eine Auftragsbekanntmachung das Vergabeverfahren einleitet. Es ist davon auszugehen, dass eines der Eisenbahnverkehrsunternehmen diesbezüglich Rechtsschutz vor den hierfür zuständigen Vergabekammern suchen und ein entsprechendes Nachprüfungsverfahren einleiten wird, wodurch eine gerichtliche Entscheidung bzgl. der Einordnung der Autozugverkehrsdienste erfolgen würde.

B. Könnte das Land Schleswig-Holstein künftig die Erbringung eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen im Autozugverkehr zwischen Niebüll und Westerland dadurch unterbinden, dass diese Verkehrsleistungen als integraler Bestandteil der gemeinwirtschaftlichen Nahverkehrsleistungen im Netz West öffentlich ausgeschrieben werden und dem Auftragnehmer für den Autozugverkehr auf dieser Strecke ein ausschließliches Recht im Sinne der VO (EG) Nr. 1370/2007 gewährt wird?

Zu prüfen ist, ob das Land die Autozugverkehrsleistungen nach den Vorgaben der VO (EG) Nr. 1370/2007 ausschreiben könnte und dem betreibenden Eisenbahnverkehrsunternehmen für die Bedienung des Autozugverkehrsdienstes auf der Strecke zwischen Niebüll und Westerland ein ausschließliches Recht im Sinne der VO (EG) Nr. 1370/2007 gewähren könnte (dazu unter I. 2.). Weiterhin ist zu prüfen, ob das Land durch eine solche Vorgehensweise eigenwirtschaftlich erbrachte Autozugverkehrsleistungen auf der Strecke unterbinden könnte (dazu unter II.).

I. Ausschreibung der Autozugverkehrsleistung

Zum besseren Verständnis des Ausschreibungsverfahrens soll zunächst auf die Rahmenbedingungen des SPNV-Marktes eingegangen werden.

1. Rahmenbedingungen des Marktes im SPNV

Wegen sozial-, umwelt-, struktur- und verkehrspolitischer öffentlicher Interessen können attraktive Angebote im SPNV – im Gegensatz zum SPNV – nicht durch den freien Markt erbracht werden.¹²¹ Hinzu kommen die hohen Fixkosten im SPNV¹²², die Verkehrsleistungen für Eisenbahnverkehrsunternehmen kaum betriebswirtschaftlich rentabel durchführen lassen, weshalb der SPNV auch nicht allein durch Beförderungserlöse finanzierbar ist.¹²³ Im Zuge der Bahnstrukturreform wäre zwar theoretisch denkbar gewesen, dass auch im SPNV Sektor ausschließlich eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen erbracht werden; wegen der soeben aufgeführten Anforderungen hätte dies jedoch zur Folge gehabt, dass sich der SPNV-Markt stark ausgedünnt und sich auf nur wenige rentable Verkehrsleistungen erstreckt hätte.¹²⁴ Dies wollte der Gesetzgeber durch die verfassungsrechtlich verankerte Daseinsvorsorgeverantwortung des Staates für den ÖPNV verhindern und hat einen entsprechenden Ordnungsrahmen für den Nahverkehr geschaffen, der eine Kofinanzierung durch die öffentliche Hand ermöglicht. Die Gesetze des Marktes gelten daher nicht in vollem Umfang und der erhebliche Markteingriff wird mit dem Prinzip der Daseinsvorsorge begründet. Die defizitäre Struktur des SPNV-Marktes steht folglich auch in einem engen Zusammenhang mit der staatlichen Daseinsvorsorgeverantwortung.¹²⁵ Weiter zeichnet sich der Ordnungsrahmen des SPNV dadurch aus, dass die Gewährleistungsverantwortung auf die Länder übertragen wurde.¹²⁶ Hierfür wird den Ländern ein verfassungsrechtlich gesicherter Betrag aus dem Steueraufkommen des Bundes, vgl. Art. 106a GG, zugesichert. Um eine bessere Koordinierung des Angebotes im SPNV zu ermöglichen, wurde 1996 das Regionalisierungsgesetz geschaffen, welches die Aufgaben und die Finanzverantwortung für den ÖPNV in den Zuständigkeitsbereich der Länder stellt. Nach § 1 RegG obliegt es den durch Landesrecht bestimmten Stellen, eine ausreichende „Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr“, als Aufgabe der Daseinsvorsorge, sicherzustellen.

¹²¹ Siehe dazu *Fehling*, Grundfragen des öffentlichen Nahverkehrs auf der Schiene, in: Rodi (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Personennahverkehrs, 2009, S. 139 (146); *Hermes* in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht - Band 1, 4. Aufl. 2019, § 26 II Rn. 88; *Karl*, Öffentlicher Verkehr im Gewährleistungsstaat, 2008, S. 85f.

¹²² Insbesondere Trassen- und Stationspreise. Vgl. auch *Böttger*, Perspektiven für den Eisenbahnpersonenverkehr, in: Verband Deutscher Verkehrsunternehmen (Hrsg.), Schienenpersonennahverkehr vom Stiefkind zur Basis nachhaltiger Mobilität, 2014, S. 217.

¹²³ Von einem Kostendeckungsgrad von 20-30 % geht *Siekmann* in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 106a Rn. 1 aus; Die Monopolkommission schätzt, dass sich Eisenbahnverkehrsunternehmen nur zu etwa 40 % aus Fahrgasteinnahmen finanzieren können, die übrigen Kosten müssen aus öffentlichen Mitteln gedeckt werden. Vgl. Monopolkommission, Bahn 2013: Reform zügig umsetzen, Sondergutachten 64, S. 90; vgl. auch *Fehling*, Grundfragen des öffentlichen Nahverkehrs auf der Schiene, in: Rodi (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Personennahverkehrs, 2009, S. 139 (146); *Hermes* in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht – Band 1, 4. Aufl. 2019, § 26 II. Rn. 88.

¹²⁴ Vgl. *Neumann*, Daseinsvorsorgeaufgabe Schienenpersonennahverkehr, 2015, S. 45; *Fehling*, Grundfragen des öffentlichen Nahverkehrs auf der Schiene, in: Rodi (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Personennahverkehrs, 2009, S. 139 (146); *Barth*, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, in: Schriftenreihe Verkehr und Technik, 2000, Bd. 90, S. 235.

¹²⁵ *Hermes* in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht – Band 1, 4. Aufl. 2019, § 26 II. Rn. 88.

¹²⁶ Vgl. auch Ausführungen unter A. III. 1.

Zu diesem Zweck werden den Ländern Regionalisierungsmittel aus dem Bundeshaushalt zur Verfügung gestellt.¹²⁷

Zur Ausgestaltung der Daseinsvorsorge dient dem Aufgabenträger der Nahverkehrsplan¹²⁸. Hierfür ermittelt der Aufgabenträger den Bedarf im SPNV und „kauft“ die entsprechenden Verkehrsleistungen durch vertragliche Vereinbarungen mit Eisenbahnverkehrsunternehmen ein (Bestellerprinzip).¹²⁹ Bei der Vergabe einer Verkehrsleistung¹³⁰ wird dann mit demjenigen Eisenbahnverkehrsunternehmen ein öffentlich-rechtlicher Verkehrsvertrag geschlossen, der das beste Preis-Leistungs-Verhältnis anbietet. Dabei wird in einem solchen Vertrag die Erbringung bestimmter Verkehrsleistungen vereinbart, die nach Art, Umfang und Qualität genau definiert sind.¹³¹ Somit wird durch den besonderen Ordnungsrahmen im SPNV ein Beschaffungsmarkt eröffnet, in dem Eisenbahnverkehrsunternehmen zueinander in Konkurrenz treten können.¹³²

Als Konsequenz daraus, dass im SPNV-Markt ein gewisser Qualitätsstandard erhalten werden soll und eine ausreichende Bedienung des SPNV allein aus Fahrgeldern – wie es im SPNV Markt der Fall ist – für Betreiber nicht leistbar ist, ist im SPNV-Markt das Bestellerprinzip der Regelfall, welches rechtlich durch die VO (EG) Nr. 1370/2007 verankert ist. Hierfür stellt die VO (EG) Nr. 1370/2007 ein detailliertes Regelwerk zur praktischen Umsetzung der Aufgabe der Daseinsvorsorge dar, wobei Leitbild das „Modell eines regulierten Wettbewerbs“ ist.¹³³ Es handelt sich dabei um ein speziell für öffentliche Personenverkehrsleistungen auf dem Sektor der Daseinsvorsorge geschaffenes Sondervergaberecht.¹³⁴

¹²⁷ Vgl. § 5f. RegG.

¹²⁸ Anders als beim Nahverkehr auf der Straße knüpft keine Linienverkehrsgenehmigung an den Nahverkehrsplan an. Vordergründig hat der Plan für den Aufgabenträger „die Funktion eines ‚Einkaufszettels‘ für die zu bestellenden Verkehre“ und bietet einen Prognoserahmen für die zukünftige Entwicklung. Vgl. *Hermes* in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht – Band 1, 4. Aufl. 2019, § 26 II. Rn. 88.

¹²⁹ Vgl. Monopolkommission, Bahn 2013: Reform zügig umsetzen, Sondergutachten 64, S. 90; vgl. WD BT, Zur Frage der Zulässigkeit der Finanzierung von Verkehrsleistungen im Schienenpersonenfernverkehr durch Regionalisierungsmittel und zu weiteren mit dem Themenkomplex „Schienenverkehr in Deutschland“ zusammenhängenden Fragen, 2014, WD 5-3000-192/14, S. 11.

¹³⁰ Die Vergabe von Eisenbahnverkehraufträgen muss grundsätzlich in einem transparenten, öffentlichen Ausschreibungsverfahren erfolgen, an dem sich konkurrierende Verkehrsunternehmen mit ihren Angeboten beteiligen können. Unter bestimmten Voraussetzungen sind auch noch (bis zum 25.12.2023) Direktvergaben möglich. Vgl. *Hermes* in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht – Band 1, 4. Aufl. 2019, § 26 II. Rn. 91ff.; Dass eine grundsätzliche Ausschreibungspflicht besteht, ist nach langem Streit 2011 vom BGH bestätigt worden (BGH, Beschluss vom 08.02.2011 – AZ. X ZB 4/10 –, BGHZ 188). § 131 GWB regelt nunmehr ausdrücklich, dass der Anwendungsbereich des Kartellvergaberichts eröffnet ist.

¹³¹ Der Mindestinhalt solcher Verkehrsverträge ergibt sich aus Art. 4 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007; vgl. auch *Hermes* in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht – Band 1, 4. Aufl. 2019, § 26 II. Rn. 90.

¹³² Vgl. *Böge*, Zur Wettbewerbsslage im Eisenbahnpersonenverkehr, in: Verband Deutscher Verkehrsunternehmen (Hrsg.), Schienenpersonennahverkehr vom Stiefkind zur Basis nachhaltiger Mobilität, 2014, S. 153.

¹³³ *Kaufmann/Linke* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 1 Rn. 11; Vgl. Erwägungsgründe 5 und 7 der VO (EG) Nr. 1370/2007.

¹³⁴ *Linke/Prieß* in: ders., VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, Art. 5 Rn. 14; *Dörr* in: Burgi/Dreher (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, Einleitung: Vergaberecht in Deutschland – Das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe im Stufenbau der Rechtsordnung Rn. 41 und 78f., beck-online.

2. Vergabe nach der VO (EG) Nr. 1370/2007

Wenn es sich bei der Autozugverkehrsleistung auf der Strecke zwischen Niebüll und Westerland um Nahverkehr handelt, fällt diese Verkehrsleistung grundsätzlich unter die Gewährleistungsverantwortung¹³⁵ und Verwaltungskompetenz¹³⁶ des Landes Schleswig-Holstein, so dass eine Ausschreibung der Verkehrsdienste insoweit möglich wäre.

Zu prüfen ist, ob der Aufgabenträger in Schleswig-Holstein, die „NAH.SH GmbH“, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag zur Erbringung der Autozugverkehrsleistung als integraler Bestandteil der gemeinwirtschaftlichen Nahverkehrsleistungen im Netz West unter Gewährung eines ausschließlichen Rechtes nach den Grundsätzen der VO (EG) Nr. 1370/2007¹³⁷ vergeben kann. Dabei legt die Verordnung fest, wie öffentliche Personenverkehrsdienste gewährleistet werden können, die gemeinwohlorientierte Anforderungen erfüllen sollen und die deshalb ohne staatlichen Eingriff am Markt nicht beschafft werden können. Nach Art. 1 Abs. 1 UAbs. 1 VO (EG) 1370/2007 ist Zweck der Verordnung

„festzulegen, wie die zuständigen Behörden unter Einhaltung des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs tätig werden können, um die Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinen Interesse zu gewährleisten, die unter anderem zahlreicher, sicherer, höherwertiger oder preisgünstiger sind als diejenigen, die das freie Spiel des Marktes ermöglicht hätte.“

Hierfür bestimmt die Verordnung, „unter welchen Bedingungen“ eine zuständige Behörde dem Betreiber von öffentlichen Personenverkehrsdiensten eine Ausgleichsleistung und/oder ausschließliche Rechte im Gegenzug für Nachteile, die sich aus gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ergeben, gewähren darf, vgl. Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 der VO (EG) Nr. 1370/2007. Durch diesen Verordnungszweck wird zugleich der Anwendungsbereich festgelegt; er erstreckt sich nur auf Verkehre im Rahmen

¹³⁵ Vgl. Art. 87e Abs. 4 GG.

¹³⁶ Die Länder führen Bundesgesetze grundsätzlich als eigene Angelegenheit aus, soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt, vgl. Art. 30, 83 GG. Nach Art. 87e Abs. 1 Satz 1 GG wird die Eisenbahnverkehrsverwaltung für Eisenbahnen des Bundes in bundeseigener Verwaltung geführt. Durch Bundesgesetz können jedoch Aufgaben der Eisenbahnverkehrsverwaltung den Ländern als eigene Angelegenheit übertragen werden, vgl. Art. 87e Abs. 1 Satz 2 GG (fakultative Landes-eigenverwaltung), wobei Länderbelange durch einen Zustimmungsvorbehalt gesichert sind (Art. 87e Abs. 5). Hiervon wurde beispielsweise in § 5 Abs. 1a Nr. 1 und § 15 Abs. 1 Satz 2 AEG Gebrauch gemacht, so dass die Länder nahverkehrsbezogene Aufgaben auch gegenüber den Eisenbahnen des Bundes wahrnehmen können. Nähere Ausführungen unter *Möstl* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand: Juni 2017, Art. 87e Rn. 162; *Windthorst* in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 87e Rn. 12ff.; *Neumann*, Daseinsvorsorgeaufgabe Schienenpersonennahverkehr, 2015, S. 29.

¹³⁷ Rechtliche Grundlage für eine Ausschreibung ist die VO (EG) Nr. 1370/2007, welcher gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV in allen Mitgliedsstaaten unmittelbare Geltung zukommt. Anders als Richtlinien bedarf sie als solche keiner Umsetzung in das nationale Recht. Nur soweit die VO (EG) Nr. 1370/2007 Regelungsspielräume belässt, können die Mitgliedstaaten diese durch nationales Recht ausfüllen.

einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung, für die der Betreiber eine Ausgleichsleistung und/oder ein ausschließliches Recht erhält.¹³⁸ Nach Erwägungsgrund 8 der VO (EG) Nr. 1370/2007 sollen deregulierte Märkte von der Anwendung der Verordnung ausgenommen werden. Beim deutschen SPFV Markt handelt es sich derzeit um einen solchen freien Markt, bei dem sich die Verkehre wirtschaftlich selbst tragen, die unternehmerische Freiheit des Betreibers unbeschränkt bleibt und sich das Leistungsniveau allein aus der Wechselwirkung von Angebot und Nachfrage ergibt. Der SPFV in Deutschland wird daher auch nicht von der VO (EG) Nr. 1370/2007 umfasst.¹³⁹ Beim deutschen SPNV-Markt handelt es sich hingegen um einen regulierten Markt, der, um soziale Rahmenbedingungen sicherzustellen und/oder um seine politischen Ziele verwirklicht zu wissen, auf eine staatliche Kofinanzierung angewiesen ist.

3. Öffentlicher Dienstleistungsauftrag nach Art. 2 lit. i) der VO (EG) Nr. 1370/2007

Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 konstatiert den Grundsatz, dass Ausgleichsleistung und/oder ausschließliche Rechte für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nur im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages gewährt werden dürfen.¹⁴⁰ Bei einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag handelt es sich nach Art. 2 lit. i) der VO (EG) Nr. 1370/2007 um

„einen oder mehrere rechtsverbindliche Akte¹⁴¹, die die Übereinkunft zwischen einer zuständigen Behörde und einem Betreiber eines öffentlichen Dienstes bekunden, diesen Betreiber eines öffentlichen Dienstes mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten zu betrauen, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen; [...].“¹⁴²

¹³⁸ Dies ergibt sich mittelbar aus Art. 1, Art. 2 lit. i) und Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007. Danach sind Verkehrsleistungen ohne staatliche Zuschüsse und ohne Verleihung ausschließlicher Rechte vom Anwendungsbereich ausgeklammert. Nach Art. 1 Abs. 2 Uabs. 1 Satz 2 der VO (EG) Nr. 1370/2007 sind öffentliche Personenverkehrsdienste auf Binnenschiffahrtswegen sowie Güterbeförderungsdienste vom Anwendungsbereich ausgeschlossen; vgl. auch *Ziekow*, Die Direktvergabe von Personenverkehrsdiensten nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und die Zukunft eigenwirtschaftlicher Verkehre, NVwZ 2009, 865 (866).

¹³⁹ Die Unternehmensgenehmigung nach § 6 AEG, als Teil der Zugangsvoraussetzung zum Schienenverkehr, gewährt gerade kein ausschließliches Recht, vgl. *Kaufmann/Linke* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 2 Rn. 30.

¹⁴⁰ Dazu *Saxinger*, Genehmigungen und Ausgleichsleistungen im Personenbeförderungsrecht vor dem Hintergrund der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, DVBl 2008, 688 (689); *Saxinger* in: ders./Winnes (Hrsg.), Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 7 EL, Januar 2015, VO 1370, Art. 2 lit. i Rn. 1; *Nettesheim*, Das neue Dienstleistungsrecht des ÖPNV – Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, NVwZ 2009, 1449 (1450f.).

¹⁴¹ Solche rechtsverbindlichen Akte können sowohl in Form eines gegenseitigen Vertrages (sog. Verkehrsvertrag) als auch in einem hoheitlichen Akt (Gesetz oder Verwaltungsakt) der zuständigen Behörde ergehen, vgl. Art. 2 lit. i) HS. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007.

¹⁴² „Betreiber eines öffentlichen Dienstes“ ist nach Art. 2 lit. d) VO „jedes privat- oder öffentlich-rechtliche Unternehmen oder jede Gruppe von privat- oder öffentlich-rechtlichen Unternehmen, das/die öffentliche Personenverkehrsdienste betreibt, oder eine öffentliche Einrichtung, die öffentliche Personenverkehrsdienste durchführt.“

Überdies wird nach Art. 4 Abs. 1 lit. b) VO (EG) Nr. 1370/2007 der obligatorische Inhalt des öffentlichen Dienstleistungsauftrages festgelegt. Danach sind in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag in objektiver und transparenter Weise die Parameter, anhand derer eine Ausgleichsleistung berechnet wird, und die Art und der Umfang der gewährten Ausschließlichkeit festzulegen. Das Verfahren der wettbewerblichen Vergabe richtet sich hingegen nach Art. 5 Abs. 3 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007.¹⁴³

a. Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen nach Art. 2 lit. e) VO (EG) Nr. 1370/2007

Wesentliches Merkmal eines „öffentlichen Dienstleistungsauftrages“ ist, dass die zu erbringenden Personenverkehrsdienste „gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen“ unterliegen.¹⁴⁴ Als eine derartige Verpflichtung bezeichnet Art. 2 lit. e) VO (EG) Nr. 1370/2007

„eine von der zuständigen Behörde festgelegte oder bestimmte Anforderung im Hinblick auf die Sicherstellung von im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen Personenverkehrsdiensten, die der Betreiber unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen ohne Gegenleistung übernommen hätte.“

Als gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen werden somit Anforderungen an die Verkehrsdienstleistung verstanden, die im allgemeinen Interesse liegen und die von der zuständigen Behörde festgelegt werden. Solche Anforderungen sollen nach Art. 1 Abs. 1 Uabs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 beispielsweise gegeben sein, wenn die öffentlichen Verkehrsdienste „zahlreicher, sicherer, höherwertiger oder preisgünstiger sind als diejenigen, die das freie Spiel des Marktes ermöglicht hätte“. Die von der zuständigen Behörde festgelegten Anforderungen müssen somit zur Folge haben, dass die Verkehrsleistung auf diese Weise nicht oder nicht zu gleichen Standards am Markt erhalten werden kann. Eine Ausschreibung nach der VO (EG) Nr. 1370/2007 ist somit auf solche Verkehrsleistungen beschränkt, die der Betreiber in einer Art und Weise erbringt, die er unter rein marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht frei gewählt hätte.¹⁴⁵

Voraussetzung für die Festlegung von Anforderungen ist, dass die zuständige Behörde „allgemeine Interessen“, wie zum Beispiel Belange des Umweltschutzes, der

¹⁴³ Auf eine nähere Ausführung wird absprachegemäß verzichtet.

¹⁴⁴ Dazu eingehend *Saxinger*, Genehmigungen und Ausgleichsleistungen im Personenbeförderungsrecht vor dem Hintergrund der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, DVBl 2008, 688 (692ff.).

¹⁴⁵ *Kaufmann/Linke* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 1 Rn. 14.

Versorgungssicherheit, Bezahlbarkeit oder Qualitätsstandards, verfolgt.¹⁴⁶ Dabei hat die zuständige Behörde ein weites Ermessen bei der Definition dessen, was sie als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse erachtet.¹⁴⁷ Anforderungen, die im allgemeinen Interesse liegen, sind beispielsweise die „Fahrpreisbindung für bestimmte Personengruppen, Tarife, Qualitäts- und Umweltstandards, Fahrplanbestimmungen, Anforderungen an die Häufigkeit der Verkehre, Bedienung kleinerer Zwischenhaltestellen, Bereitstellung eines Verkehrsangebots zu Schwachverkehrszeiten (früher Morgen, später Abend)“.¹⁴⁸ Mit „Sicherstellung von im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen Personenverkehrsdiensten“¹⁴⁹ sind solche Verkehrsleistungen gemeint, die nach staatlicher Einschätzung in dieser konkreten Ausgestaltung selbst dann erbracht werden müssen, wenn der Markt hierfür nicht genug Anreiz bietet.¹⁵⁰ Dabei ist ausreichend, dass die im allgemeinen Interesse liegenden Anforderungen ohne eine staatliche Kofinanzierung nicht in der konkreten Ausgestaltung erbracht werden würden.¹⁵¹ Entscheidend ist also, ob der Betreiber diese behördlich festgelegten Anforderungen, unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses, gar nicht, nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen ohne eine entsprechende Gegenleistung übernommen hätte. Erst wenn dies der Fall ist, liegt auch eine „gemeinwirtschaftliche Verpflichtung“ im Sinne des Art. 2 lit. e) VO (EG) Nr. 1370/2007 vor, die einen entsprechenden Markteingriff rechtfertigen würde.¹⁵² Es muss also im Einzelfall geprüft werden, ob ein Betreiber die im allgemeinen Interesse liegenden Anforderungen auch ohne staatliche Kompensation erfüllen könnte.¹⁵³

¹⁴⁶ Vgl. Zif. 2.2.5 der Mitteilung der Kommission vom 29.03.2014, - 2014/C 92/01 -, S. 6/7; *Saxinger* in: ders./Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 7. EL Januar 2015, VO 1370, Art. 2 lit. e Rn. 13; vgl. auch Erwägungsgrund 17 der VO (EG) Nr. 1370/2007: „Gemäß dem Subsidiaritätsprinzip steht es den zuständigen Behörden frei, soziale Kriterien und Qualitätskriterien festzulegen, um Qualitätsstandards für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen aufrechtzuerhalten und zu erhöhen, beispielsweise bezüglich der Mindestarbeitsbedingungen, der Fahrgastrechte, der Bedürfnisse von Personen mit eingeschränkter Mobilität, des Umweltschutzes, der Sicherheit von Fahrgästen und Angestellten sowie bezüglich der sich aus Kollektivvereinbarungen ergebenden Verpflichtungen und anderen Vorschriften und Vereinbarungen in Bezug auf den Arbeitsplatz und den Sozialschutz an dem Ort, an dem der Dienst erbracht wird. Zur Gewährleistung transparenter und vergleichbarer Wettbewerbsbedingungen zwischen den Betreibern und, um das Risiko des Sozialdumpings zu verhindern, sollten die zuständigen Behörden besondere soziale Normen und Dienstleistungsqualitätsnormen vorschreiben können.“

¹⁴⁷ Vgl. *Saxinger* in: ders./Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 7. EL Januar 2015, VO 1370, Art. 2 lit. e Rn. 13; *Kaufmann/Linke* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 2 Rn. 21; EuG, Urteil vom 12.02.2008 – T-289/03 –, juris.

¹⁴⁸ *Jürschik*, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, 1. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 8f; vgl. auch *Kaufmann/Linke* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 2 Rn. 21; vgl. Zif. 2.2.5 der Mitteilung der Kommission vom 29.03.2014, - 2014/C 92/01 -, S. 6.

¹⁴⁹ Vgl. Art. 2 lit. e) VO (EG) Nr. 1370/2007.

¹⁵⁰ *Kaufmann/Linke* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 2 Rn. 23.

¹⁵¹ *Kaufmann/Linke* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 2 Rn. 24.

¹⁵² Vgl. *Saxinger* in: ders./Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 7. EL Januar 2015, VO 1370, Art. 2 lit. e Rn. 20ff.

¹⁵³ Vgl. *Saxinger* in: ders./Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 7. EL Januar 2015, VO 1370, Art. 2 lit. e Rn. 20.

b. Spezifikation gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nach Art. 2a VO (EG) Nr. 1370/2007

Nach Art. 2a Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 sind die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zu spezifizieren und ist deren Anwendungsbereich festzulegen. Die zuständige Behörde muss also die gemeinwirtschaftlichen Anforderungen vor einer Vergabe genau festlegen.¹⁵⁴ Dabei sollen die Spezifikationen im besten Fall „positive Netzwerkeffekte“¹⁵⁵ herbeiführen.¹⁵⁶ Solche positiven Netzwerkeffekte sind wichtig, um die von den zuständigen Behörden zu tragenden Defizite in Form von Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen möglichst gering zu halten und die Gesamteffizienz des öffentlichen Verkehrssystems zu stärken.¹⁵⁷ Darunter sind zum Beispiel „die Verbesserung der Dienstleistungsqualität, des sozialen und territorialen Zusammenhalts oder der Gesamteffizienz der Verkehrssysteme“ gemeint.¹⁵⁸ Daher normiert Art. 2a Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 auch ausdrücklich die Möglichkeit, dass bei der Festlegung der Spezifikationen der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen kostendeckende Dienste mit nicht kostendeckenden Diensten zusammengefasst werden können. Durch die Bestimmung in Art. 2a Abs. 1 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 soll gerade eine für die Qualität der Leistungserstellung nicht förderliche Aufteilung nach rentablen und unrentablen Strecken („Rosinenpickerei“) vermieden werden.¹⁵⁹ Nach Art. 2a Abs. 1 Uabs. 2 und 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 muss bei der Festlegung der Spezifikationen jedoch einerseits der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden und andererseits müssen die Spezifikationen mit den politischen Zielen der Mitgliedstaaten für den öffentlichen Personenverkehr¹⁶⁰ im Einklang stehen.¹⁶¹ Das

¹⁵⁴ Ob die Spezifikation als gesonderter Rechtsakt zu verstehen ist oder ob es sich um einen Vorbereitungsakt für die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages handelt, ist unklar. Da es sich jedoch um einen obligatorischen Inhalt des Auftrages handelt, sollte ausreichend sein, dass die Spezifikationen in Vorbereitung der Vergabe festgelegt und dann im Rahmen des öffentlichen Dienstleistungsauftrages wiedergegeben werden. Vgl. *Jürschik*, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, 1. Aufl. 2018, Art. 2a Rn. 2.

¹⁵⁵ Vgl. Erwägungsgrund 8 der Verordnung (EU) 2016/2338 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.12.2016 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 hinsichtlich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste, ABl. L 354 S. 22-31.

¹⁵⁶ Vgl. Erwägungsgrund 8 der VO (EU) 2016/2338 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.12.2016 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 hinsichtlich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste, ABl. 354/22; *Jürschik*, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, 1. Aufl. 2018, Art. 2a Rn. 2; *Kaufmann/Linke* in: *Linke*, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 2a Rn. 7f.

¹⁵⁷ *Linke* in: *ders.*, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 2a Rn. 3 und 12f.; *Jürschik*, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, 1. Aufl. 2018, Art. 2a Rn. 2; *Saxinger/Geislingen/Nürnberg*, Die Novellierung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und ihre Auswirkungen auf den straßengebundenen ÖPNV (Verordnung (EG) Nr. 1370/2007), *GewArch* 2017, 463 (464); vgl. auch Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße vom 29.03.2014, - 2014/C 92/01- Zif. 2.2.5.

¹⁵⁸ *Jürschik*, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, 1. Aufl. 2018, Art. 2a Rn. 2.

¹⁵⁹ *Linke* in: *ders.*, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 2a Rn. 2 und 12f.

¹⁶⁰ In Deutschland werden die politischen Ziele im Wesentlichen in den Nahverkehrsplänen festgelegt. Vgl. *Jürschik*, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, 1. Aufl. 2018, Art. 2a Rn. 2; *Kaufmann/Linke* in: *Linke*, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 2a Rn. 19.

Ermessen der zuständigen Behörde hinsichtlich der Definition der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen wird insoweit begrenzt.¹⁶²

c. Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Hinblick auf den Autozugverkehrsdienst

Fraglich ist, ob nach dem Vorstehenden für den Autozugverkehrsdienst gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Sinne des Art. 2 lit. e) der VO (EG) Nr. 1370/2007 festgelegt werden könnten.

Dies setzt voraus, dass durch die Vergabe die Autozugverkehrsleistung zahlreicher¹⁶³, sicherer¹⁶⁴, höherwertiger¹⁶⁵ oder preisgünstiger erbracht werden kann, als es die jetzigen Marktverhältnisse ermöglichen. Eine Vergabe der Autozugverkehrsleistungen könnte daher mit der Begründung erfolgen, dass sich durch eine verbesserte Koordination der Autozugverbindungen und der anderen Nahverkehrsverbindungen die Taktfrequenz der Verkehrsleistung auf der Strecke erhöhen würde. Gerade im Hinblick auf die begrenzten Trassenkapazitäten auf der Strecke könnten die Verkehrsleistungen durch eine gemeinsame Ausschreibung des Autozugverkehrsdienstes, als Teil des Netzes West, besser aufeinander abgestimmt und somit „zahlreicher“ erbracht werden. Überdies könnten die Beförderungsentgelte gesenkt und die Verkehrsleistung preisgünstiger erbracht werden: Da der Autozugverkehr als Teil des Netzes West ausgeschrieben werden soll, könnten kostendeckende und nicht kostendeckende Dienste zusammengefasst werden (vgl. Art. 2a Abs. 1 Satz 2 VO (EG) Nr. 1370/2007). Dies hätte wiederum den positiven Netzwerkeffekt, dass die Verkehrsleistungen im Netz West wegen der höheren Einnahmemöglichkeit insgesamt preisgünstiger werden könnten. Die Senkung des Beförderungsentgeltes des Autozugverkehrs würde zudem zu einer Steigerung der Attraktivität der öffentlichen Personenverkehrsdienstleistungen beitragen und könnte sich daher zugleich auch als „höherwertig“ im Vergleich zu den aktuellen Marktverhältnissen erweisen. Der Autozugverkehrsdienst müsste sich durch eine Ausschreibung jedenfalls in der Weise von den jetzigen Verhältnissen unterscheiden, dass eine direkte Verbindung zu einem öffentlichen Zweck vorliegt. Würde eine Ausschreibung dazu führen, dass der

¹⁶¹ Vgl. auch Erwägungsgrund 7 der VO (EU) 2016/2338.

¹⁶² Kaufmann/Linke in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 2a Rn. 2.

¹⁶³ „Zahlreicher“ bezieht sich dabei auf die Erhöhung der Verkehrsleistungen auf einer bestehenden Strecke, aber auch die Verkehrsbedienung zu Schwachverkehrszeiten. Vgl. Jürschik, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, 1. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 2; Kaufmann/Linke in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 1 Rn. 26.

¹⁶⁴ „Sicherer“ ist eine Personenverkehrsleistung dann, wenn sie ein geringeres Risiko für Fahrgäste und Dritte darstellt, beispielsweise durch spezielle technische Anforderung an die eingesetzten Fahrzeuge oder neuer Sicherheitssysteme. Vgl. Jürschik, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, 1. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 2; Kaufmann/Linke in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 1 Rn. 27.

¹⁶⁵ „Höherwertig“ sind öffentliche Personenverkehrsdienste, wenn deren Attraktivität gesteigert wird, zum Beispiel durch eine Erhöhung des Komforts des Reisenden. Vgl. Jürschik, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, 1. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 2; Kaufmann/Linke in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 1 Rn. 28.

Verkehrsdienst sich in keiner Weise von den gegenwärtigen Marktgegebenheiten unterscheidet, wäre eine Vergabe mit den Vorgaben des europäischen Rechts nicht vereinbar.¹⁶⁶

Um einen entsprechenden Markteingriff zu rechtfertigen, müssten diese Anforderungen dazu führen, dass die Verkehrsleistung auf diese Weise nicht oder „nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen ohne Gegenleistung“¹⁶⁷ am Markt erhalten werden kann. Es muss sich also um Anforderungen handeln, die „das freie Spiel des Marktes“ nicht ermöglicht hätte, vgl. Art. 1 UAbs. 1 Satz 1 VO (EG) Nr. 1370/2007. Ist ein Betreiber aufgrund seines eigenen wirtschaftlichen Interesses bereit, diese Anforderungen auch ohne eine Gegenleistung zu erbringen, so liegt keine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung im Sinne des Art. 2 lit. e) VO (EG) Nr. 1370/2007 vor und die Tatbestandsvoraussetzungen für die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages wären nicht gegeben.¹⁶⁸ Für die Festlegung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung für den Autozugverkehrsdienst bedeutet dies, dass geprüft werden müsste, ob ein Betreiber die im allgemeinen Interesse liegenden Anforderungen auch ohne staatliche Kompensation erfüllen könnte,¹⁶⁹ wobei ein wirtschaftlich handelnder Betreiber diese Anforderung grundsätzlich nur dann ohne eine Kofinanzierung erfüllen würde, soweit sich der Betrieb dennoch rentiert.¹⁷⁰ Wäre also ein Betreiber eines Autozugverkehrsdienstes beispielsweise bereit, die von der zuständigen Behörde festgelegten Anforderungen wie niedrigere Fahrpreise und/oder höhere Qualitätsstandards auch ohne eine Gegenleistung zu erbringen, so gäbe es tatbestandlich keine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung im Sinne der VO (EG) Nr. 1370/2007, mit der ein Eisenbahnverkehrsunternehmen im Rahmen eines Dienstleistungsauftrages betraut werden könnte; „das freie Spiel des Marktes“ (vgl. Art. 1 Abs. 1 Uabs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007) würde einen solchen Verkehrsdienst demnach ermöglichen und ein staatlicher Eingriff wäre nicht durch die Verordnung gerechtfertigt.¹⁷¹ Würden die gemeinwirtschaftlichen Anforderungen jedoch dazu führen, dass sich ein Betreiber aus unternehmerischer Sicht nicht in der Lage sieht, diese ohne staatliche Kompensation zu betreiben, liegen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Sinne des Art. 2 lit e) VO (EG) Nr. 1370/2007 vor und eine Betrauung im Rahmen eines Dienstleistungsauftrages ist möglich.

¹⁶⁶ So führt die europäische Kommission in einem Beschluss aus, dass keine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung vorliegt, wenn sich die Erbringung in keiner Weise vom Angebot des freien Wettbewerbs unterscheidet. Vgl. Beschluss der Kommission vom 02.05.2013, - 2013/435/EU -, ABl. 220/20 Rn. 166; vgl. hierzu auch *Saxinger* in: ders./Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 1. EL Juli 2013, VO 1370, Art. 2 lit. f Rn. 6f.

¹⁶⁷ Vgl. Art. 2 lit. e) VO (EG) Nr. 1370/2007.

¹⁶⁸ Vgl. *Saxinger* in: ders./Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 7. EL Januar 2015, VO 1370, Art. 2 lit. e Rn. 20.

¹⁶⁹ Vgl. *Saxinger* in: ders./Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 7. EL Januar 2015, VO 1370, Art. 2 lit. e Rn. 20.

¹⁷⁰ Vgl. *Kaufmann/Linke* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 2 Rn. 24.

¹⁷¹ Vgl. *Saxinger* in: ders./Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 7. EL Januar 2015, VO 1370, Art. 2 lit. e Rn. 21ff.; *Kaufmann/Linke* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 2 Rn. 46ff.

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe könnten somit gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen für die Autozugverkehrsdienste festgelegt werden.

d. Gewährung eines ausschließlichen Rechtes

Gegenleistungen, die für die Nachteile, die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen entstehen, können nach Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007 ausschließlich in Form der Gewährung einer Ausgleichsleistung und/oder eines ausschließlichen Rechtes gewährt werden. Zu prüfen ist entsprechend der Fragestellung jedoch nur, ob für den Autozugverkehrsdienst auf der Strecke Niebüll – Westerland dem Betreiber für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtung ein ausschließliches Recht gewährt werden kann.

Entsprechend der Legaldefinition in Art. 2 lit. f) VO (EG) Nr. 1370/2007 versteht der Gesetzgeber unter einem „ausschließlichen Recht“ ein Recht,

„das einen Betreiber eines öffentlichen Dienstes berechtigt, bestimmte öffentliche Personenverkehrsdienste auf einer bestimmten Strecke oder in einem bestimmten Streckennetz oder Gebiet unter Ausschluss aller anderen solchen Betreiber zu erbringen.“

Ein ausschließliches Recht soll einen Betreiber somit berechtigen, einen Verkehrsdienst auf einer bestimmten Strecke, einem Gebiet oder einem Streckennetz unter Ausschluss anderer Konkurrenten zu erbringen. Der Grad der Ausschließlichkeit ist also in unterschiedlicher Ausprägung möglich.¹⁷² Die Verordnung gestattet auch, dass zumindest zeitweilig in bestimmten Marktsegmenten Monopole entstehen können.¹⁷³ Gemäß den Auslegungsleitlinien der Europäischen Kommission zur VO (EG) Nr. 1370/2007 ist die Ausschließlichkeit jedoch genau zu definieren und darf „nicht über das hinausgehen, was für den erforderlichen wirtschaftlichen Schutz für die betreffende Dienstleistung erforderlich“ ist.¹⁷⁴ Im öffentlichen Dienstleistungsauftrag müssen daher die Art und der Umfang des gewährten ausschließlichen Rechts angegeben werden, insbesondere der geografische Anwendungsbereich und die Geltungsdauer.¹⁷⁵ Das ausschließliche Recht bezieht sich somit nur auf den Schutz der Verkehrsleistungen, die Gegenstand des öffentlichen Dienstleistungsauftrages sind.

¹⁷² Vgl. *Saxinger* in: ders./Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 7. EL Januar 2015, VO 1370, Art. 2 lit. f Rn. 10; vgl. auch Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße vom 29.03.2014, - 2014/C 92/01- Zif. 2.2.6.

¹⁷³ *Linke/Prieß* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 3 Rn. 8; *Saxinger* in: ders./Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 1. EL Juli 2013, VO 1370, Art. 2 lit. f Rn. 4.

¹⁷⁴ Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße vom 29.03.2014, - 2014/C 92/01- Zif. 2.2.6.

¹⁷⁵ *Linke/Lübbig* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 4 Rn. 24a; *Schmitz* in: *Saxinger/Winnes*, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 6. EL Dezember 2014, VO 1370, Art. 4 Abs. 1 Rn. 6; Mitteilung

Demgemäß könnte prinzipiell für die Bedienung der Autozugverkehrsleistung auf der Strecke Niebüll - Westerland ein ausschließliches Recht – im zuvor dargelegten Sinne – gewährt werden und im Rahmen eines Verkehrsvertrages zugesichert werden, dass der Aufgabenträger keine Bestellung weiterer Leistungen bei einem anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen für diese Strecke vornimmt.

4. Zwischenergebnis

Im Ergebnis könnte zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Rahmen eines Dienstleistungsauftrages für die Autozugverkehrsleistung auf der Strecke Niebüll – Westerland ein ausschließliches Recht gewährt werden.

II. Ausschluss eigenwirtschaftlicher Autozugverkehrsleistungen im Nahverkehr

Zweifelhaft ist, ob durch die Gewährung eines ausschließlichen Rechtes im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages die Erbringung eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen im Autozugverkehr auf dieser Strecke unterbunden werden kann. Zu prüfen ist, ob nach der derzeitigen Rechtslage eine solche Verkehrsleistung – trotz eines Ausschließlichkeitsrechts – neben dem Autozugverkehrsdienst, der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegt, erbracht werden könnte.

1. Marktzugang im Eisenbahnverkehrsrecht

Bedingt durch unionsrechtliche Vorgaben¹⁷⁶ und die in Art. 87e GG getroffene Grundentscheidung zu einer wettbewerblichen Marktöffnung gilt im Eisenbahnverkehr – sowohl für den SPFV als auch grundsätzlich für den SPNV¹⁷⁷ – das Prinzip des freien

der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße vom 29.03.2014, - 2014/C 92/01- Zif. 2.2.6.

¹⁷⁶ Europarechtliche Vorgaben hatten maßgeblichen Einfluss auf die Gestaltung der Bahnstrukturreform. Die Anpassung an das Europarecht hat das „Basisprogramm“ für die Reform gebildet. Vgl. *Oebbecke*, Was ist Personennahverkehr?, NVwZ 2017, 1084 (1086); *Windhorst* in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 87e Rn. 3f.; *Wieland* in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2018, Bd. III, Art. 87e Rn. 3ff.; *Möstl* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand: Juni 2017, Art. 87e GG Rn. 38ff.; *Gersdorf* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 1. Aufl. 2018, Band 3, Art. 87e Rn. 5ff.

¹⁷⁷ Vgl. insbesondere zum Marktöffnungsprinzip im Nahverkehrsbereich *Möstl* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand: Juni 2017, Art. 87e GG Rn. 66f. und 137f.; *Windhorst* in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 87e Rn. 7f.; *Wieland* in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2018, Bd. III, Art. 87e Rn. 4; *Neumann*, Daseinsvorsorgeaufgabe Schienenpersonennahverkehr, 2015, S. 165; *Karl*, Öffentlicher Verkehr im Gewährleistungsstaat, 2008, S. 85 f; *Keppel*, Die Rolle des Eisenbahn-Bundesamtes im wettbewerbsorientierten Eisenbahnpersonenverkehr, in: Verband Deutscher Verkehrsunternehmen (Hrsg.), Schienenpersonennahverkehr vom Stiefkind zur Basis nachhaltiger Mobilität, 2014, S. 142; *Böge*, Zur Wettbewerbsslage im Eisenbahnpersonenverkehr, in: Verband Deutscher Verkehrsunternehmen (Hrsg.), Schienenpersonennahverkehr vom Stiefkind zur Basis nachhaltiger Mobilität, 2014, S. 149; *Knauff*, Wettbewerb im Personenverkehr, Eisenbahn- und personenbeförderungrechtlicher Rahmen, N&R 2019, 28 (28); vgl. aber auch *Gersdorf* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 1. Aufl. 2018, Band 3, Art. 87e Rn. 51f., der dem Art. 87e GG insgesamt kein klares Bekenntnis für eine freie Wettbewerbsordnung im Eisenbahnverkehr entnimmt.

Marktzugangs.¹⁷⁸ Dieses findet sich daher auch in einfachgesetzlich normierten Zugangsrechten wieder, welche sich aus den Vorschriften des AEG i. V. m. dem ERegG¹⁷⁹ ergeben. Ein allgemeiner Zugangsanspruch folgt beispielsweise aus § 10 ERegG.¹⁸⁰ Dieser gewährt jedem¹⁸¹ das grundsätzliche Recht auf einen diskriminierungsfreien Zugang zu Eisenbahnanlagen bzw. zu Schienenwegen und zu Serviceeinrichtungen sowie zu bestimmten Leistungen. Im Gegensatz zum Personenbeförderungsgesetz kennt das Allgemeine Eisenbahngesetz für den Zugang zum Markt nur Unternehmensgenehmigungen, die ohne Berücksichtigung bereits erteilter Konzessionen vergeben werden. Im Eisenbahnverkehrsrecht wurde somit nur eine bundeseinheitliche Regelung für die Aufnahme und Beendigung eines Eisenbahngewerbes geschaffen.

Um einen Verkehrsdienst betreiben zu können, wird also lediglich eine Unternehmensgenehmigung, ggf. eine Sicherheitsbescheinigung/eine Erlaubnis zur Eröffnung eines Betriebes und die Zuweisung von Trassen benötigt. Die Unternehmensgenehmigung „ist“ zu erteilen (§ 6 Abs. 2 Satz 1 AEG), soweit ein Unternehmen¹⁸² die in §§ 6a ff. AEG normierten Anforderungen an die Zuverlässigkeit, die finanzielle Leistungsfähigkeit und die fachliche Eignung erfüllt. Das Unternehmen hat folglich einen Anspruch auf die Erteilung, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen (präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt¹⁸³). Eine Befristung der Gültigkeit ist nicht vorgesehen. In einem engen sachlichen Zusammenhang hiermit steht überdies die regelmäßig notwendige Sicherheitsbescheinigung nach § 7a AEG, welche sich vorwiegend auf die Existenz eines Sicherheitsmanagementsystems bezieht und in der Regel fünf Jahre gilt.¹⁸⁴ Gegebenenfalls ist statt einer Sicherheitsbescheinigung eine Erlaubnis zur Eröffnung des Betriebes nach § 7f AEG notwendig.

Um tatsächlich den Betrieb aufnehmen zu können, ist daneben noch die Zuweisung von Trassen durch den Netzbetreiber notwendig. Der Betreiber der Infrastruktur

¹⁷⁸ Wegen des strukturell defizitären Marktes im SPNV sind jedoch Markteingriffe notwendig, um der Daseinsvorsorgeaufgabe gerecht zu werden. Vgl. Ausführungen unter B. I. 1.; *Oebbecke*, Was ist Personennahverkehr?, NVwZ 2017, 1084 (1086).

¹⁷⁹ Die Vorschriften des AEG und ERegG gelten gleichermaßen für den SPNV und SPFV.

¹⁸⁰ Der in § 10 ERegG normierte Zugangsanspruch war nach alter Rechtslage noch – weniger detailreich – in § 14 Abs. 1 AEG zusammengefasst. Weitere zugangsrechtliche Vorschriften finden sich in §§ 11, 13f. sowie in den Normenkomplexen §§ 18 bis 22, §§ 42 bis 44 und §§ 48 bis 62 ERegG.

¹⁸¹ Vgl. zu den Zugangsberechtigten § 1 Abs. 12 AEG.

¹⁸² Ein Unternehmen muss gemäß § 6 Abs. 3 AEG seinen Sitz in Deutschland haben oder zumindest eine rechtlich selbstständige Niederlassung in Deutschland.

¹⁸³ Ein solches Rechtsinstitut ermöglicht es dem Staat, vorab zu überprüfen, ob bestimmte, meist sicherheitsrechtliche Anforderungen, eingehalten werden. Ist dies der Fall, wird die allgemeine Handlungsfreiheit wiederhergestellt und der Bürger erhält das, was ihm verfassungsrechtlich zusteht. Vgl. *Wachinger* in: *Hermes/Sellner* (Hrsg.), *Beck'scher AEG-Kommentar*, 2. Aufl. 2014, § 6 Rn 3.

¹⁸⁴ Vgl. auch *Wachinger* in: *Hermes/Sellner* (Hrsg.), *Beck'scher AEG-Kommentar*, 2. Aufl. 2014, § 6 Rn. 86; *Knauff*, Wettbewerb im Personenverkehr, Eisenbahn- und personenbeförderungrechtlicher Rahmen, N&R 2019, 28 (29).

muss jährlich auf Grundlage von fahrplanbezogenen Anträgen¹⁸⁵, „soweit ihm dies möglich ist, allen Anträgen auf Zuweisung von Schienenwegkapazität (...) stattgeben“, vgl. § 52 Abs. 1 ERegG.¹⁸⁶ Kollidieren dabei Anträge, ist zur Erfüllung aller Zulassungsansprüche eine Lösung zu entwickeln, die alle beantragten Verkehre berücksichtigt.¹⁸⁷ Gelingt es nicht, alle Anträge zu realisieren, hat der Netzbetreiber die betroffenen Schienenwege für überlastet zu erklären, was gemäß § 55 ERegG zu einer Auswahlentscheidung mittels bestimmter Vorrangkriterien und dem Ergreifen von kapazitätserhöhenden Maßnahmen führt.

Sowohl das AEG als auch das ERegG sind somit darauf ausgelegt, nicht prohibitiv zu wirken, sondern einen diskriminierungsfreien und transparenten Zugang zu gewährleisten. Folglich steht es grundsätzlich auch jedem Unternehmen offen, Eisenbahnverkehrsleistungen zu erbringen. Der Zutritt zum Markt kann somit, bei Vorliegen der Zugangsvoraussetzungen, nicht auf rechtlicher Grundlage beeinflusst werden.¹⁸⁸

2. Eigenwirtschaftliche Nahverkehrsdienste

Da die Erteilung von Linien- oder Gebietskonzessionen dem nationalen Eisenbahnrecht fremd ist, besteht die theoretische Möglichkeit¹⁸⁹, dass auch im SPNV eigenwirtschaftlich Verkehrsleistungen erbracht werden können.¹⁹⁰ Neben bestellten, könnten dann auch eigenwirtschaftlich erbrachte Verkehrsleistungen existieren und in Konkurrenz zueinander stehen. Problematisch wäre dabei, dass Betreiber eigenwirtschaftlich erbrachter Nahverkehrsdienste – mangels Bestellung und vertraglicher Vereinbarungen mit einem Aufgabenträger – frei, allein nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten, über das Ob und das Wie der Verkehrsleistung entscheiden könnten.¹⁹¹ Nur die Fahrpreise könnten die Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht beliebig festlegen, da diese zuvor durch das Land genehmigt werden müssten.¹⁹² Entspre-

¹⁸⁵ Diese müssen den Anforderungen des § 51 ERegG entsprechen.

¹⁸⁶ Die Zuweisung erfolgt durch Vereinbarung gemäß § 20 Abs. 1 ERegG. Eine Übertragung zugewiesener Schienenwegkapazitäten auf Dritte ist nach § 42 ERegG verboten. Soweit eine zugewiesene Trasse nicht genutzt wird, kann der Netzbetreiber die Vereinbarung kündigen, vgl. § 60 Abs. 2 ERegG.

¹⁸⁷ Vgl. *Knauff*, Wettbewerb im Personenverkehr, Eisenbahn- und personenbeförderungsrechtlicher Rahmen, N&R 2019, 28 (29).

¹⁸⁸ Vgl. *Barth*, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, in: Schriftenreihe Verkehr und Technik, 2000, Bd. 90, S. 235; *Karl*, Öffentlicher Verkehr im Gewährleistungsstaat, 2008, S. 85.

¹⁸⁹ Es ist nicht ersichtlich, dass eigenwirtschaftliche Verkehre im deutschen SPNV-Markt existieren. Eine solche Situation könnte aber beispielsweise eintreten, wenn die Trassenpreise für den SPNV sinken würden.

¹⁹⁰ Vgl. hierzu *Barth*, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, in: Schriftenreihe Verkehr und Technik, 2000, Bd. 90, S. 235 und

Karl, Öffentlicher Verkehr im Gewährleistungsstaat, 2008, S. 85f.

¹⁹¹ Vgl. *Barth*, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, in: Schriftenreihe Verkehr und Technik, 2000, Bd. 90, S. 235.

¹⁹² Eingriffe in das Tarifgestaltungsrecht der Unternehmen oder in die Vertriebspraxis sieht das AEG nicht vor. Vgl. Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage BT-Drs. 16/7669 S. 2.

chend der Zuständigkeit der Länder für den ÖPNV liegt nämlich die Tarifhoheit¹⁹³ bei den Ländern, vgl. § 12 Abs. 3 Satz 1 und 4 AEG.¹⁹⁴ Daneben stünden die Betreiber eigenwirtschaftlich erbrachter Verkehrsleistungen auch in wirtschaftlicher Konkurrenz zu dem gemeinwirtschaftlich erbrachten Verkehrsleistungen.

Eine solche Konstellation hätte – jedenfalls, wenn eigenwirtschaftliche Nahverkehrsleistungen vermehrt erbracht würden – vermutlich erhebliche Auswirkungen auf den SPNV in der jetzigen Form. Vorstellbar wäre, dass gemeinwirtschaftlich erbrachter SPNV verdrängt bzw. wegen fehlender Einnahmen zumindest hochpreisiger werden würde und sich erhebliche intramodale Abstimmungsprobleme ergeben würden.¹⁹⁵ Mangels praktischer Bedeutung¹⁹⁶ existiert für eine solche Situation jedoch derzeit keine rechtliche Handhabe. Anders als im Straßenpersonennahverkehr gibt es im SPNV kein Nebeneinander von Genehmigungsrecht und Vergabewesen. Die rechtlichen Rahmenbedingungen unterscheiden sich erheblich, so dass im straßengebundenen ÖPNV beispielsweise ein Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre angeordnet wird und bereits vorhandene Verkehre durch ein Mehrfachgenehmigungsverbot geschützt werden. Daher soll auch im Folgenden in gebotener Kürze auf die rechtlichen Rahmenbedingungen im straßengebundenen ÖPNV eingegangen werden, um aufzuzeigen welcher rechtliche Rahmen notwendig wäre um einen Verkehr, dem nach der VO (EG) Nr. 1370/2007 ein ausschließliches Recht verliehen worden ist, hinreichend zu schützen.

3. Vergleich zum Rechtsrahmen des Straßenpersonennahverkehrs

Die Linienverkehrsgenehmigung nach dem PBefG stellt im straßengebundenen Verkehr das zentrale Steuerungsinstrument dar und soll nach der gesetzlichen Konzeption die Verbindung zwischen unternehmerischen und öffentlichen Interessen herstellen.¹⁹⁷ Das PBefG normiert in § 2 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 für abschließend aufgezählte Tatbestände eine Genehmigungspflicht. Ferner ist der Genehmigung der zweite Abschnitt des Gesetzes (§§ 9 bis 27 PBefG) gewidmet, in welchem der Umfang einer Genehmigung (§ 9), Fragen der Antragstellung (§ 12), ferner die materiellen Voraussetzungen für die Genehmigungserteilung (§ 13) sowie der Erlass von Nebenbestimmungen (§ 15 Abs. 3 Satz 1 PBefG) geregelt sind. Das PBefG enthält damit ein

¹⁹³ Das Gesetz definiert den Begriff „Tarif“ als Oberbegriff. Unter Tarif sind zum einen die Beförderungsentgelte und zum anderen die Beförderungsbedingungen der Eisenbahnverkehrsunternehmen zu verstehen (Abs. 1 Satz 1). Vgl. *Gerstner* in: *Hermes/Sellner* (Hrsg.), *Beck'scher AEG-Kommentar*, 2. Aufl. 2014, § 12 Rn. 20.

¹⁹⁴ Die Prüfungsmöglichkeiten im Rahmen der Tarifgenehmigungen beschränken sich dabei auf eine Rechtmäßigkeitsprüfung. Vgl. Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage BT-Drs. 16/7669 S. 2.

¹⁹⁵ *Barth*, *Nahverkehr in kommunaler Verantwortung*, in: *Schriftenreihe Verkehr und Technik*, 2000, Bd. 90, S. 235.

¹⁹⁶ Die Gefahr der „Rosinenpicker-Konkurrenz“ ist grundsätzlich gering, da die enormen Markteintrittsbarrieren im SPNV einen Marktzutritt unwahrscheinlich erscheinen lassen.

¹⁹⁷ Vgl. *Knauff* in: *Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht – Band 1*, 4. Aufl. 2019, § 26 II. Rn. 88.

umfangreiches Regelwerk zur Erteilung von Linienkonzessionen und statuiert überdies in § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG einen ausdrücklichen Vorrang eigenwirtschaftlicher Verkehre. Im Falle der Genehmigungserteilung unterliegt ein Unternehmen einer Reihe von gesetzlichen Pflichten.¹⁹⁸ Um einen Wettbewerbsdruck zu unterbinden¹⁹⁹, ordnet § 13 Abs. 2 Nr. 3 PBefG den Schutz vorhandener Verkehre an, indem die Genehmigung eines „beantragten“ Verkehrs wegen der in Nr. 3 Ziffer a) bis d) aufgezählten Gründe zu versagen ist (Mehrfachgenehmigungsverbot).²⁰⁰ Liegt eine der Voraussetzungen vor, muss die Behörde die Genehmigung versagen. Das PBefG bietet demgemäß eine gänzlich andere rechtliche Ausgangslage, die Erbringung von Verkehrsleistungen zu steuern, zu kontrollieren, aber auch zu schützen.

In Bezug auf die Gewährung eines ausschließlichen Rechtes im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages enthält das PBefG überdies eine ausdrückliche Regelung. Vorgaben zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge enthält § 8a PBefG, wobei die Norm inhaltlich den Bedingungen der VO (EG) Nr. 1370/2007 entspricht. In § 8a Absatz 8 wurde zudem ein, ebenfalls den europäischen Vorgaben entsprechender, eigener Tatbestand zur Gewährung ausschließlicher Rechte eingeführt, die der Gesetzgeber auch mit genehmigungsrechtlichen Konsequenzen verbunden hat. Nach § 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PBefG ist nämlich beim Straßenbahn-, Obusverkehr und Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen im Nahverkehr die Genehmigung zu versagen, wenn

„der beantragte Verkehr ein ausschließliches Recht im Sinne von Artikel 2 Buchstabe f der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 verletzt, das von der zuständigen Behörde nach § 8a Absatz 1 in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 unter Beachtung der in § 8a Absatz 8 genannten Voraussetzungen gewährt wurde (...)“.

Ein nach den in § 8 Abs. 8 PBefG genannten Voraussetzungen gewährtes ausschließliches Recht entfaltet somit eine gesetzlich normierte Sperrwirkung. Rechtsfolge ist, dass die Genehmigungsbehörde die Genehmigung für einen beantragten Verkehr eines Konkurrenten nach § 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PBefG zwingend zu versagen hat.

¹⁹⁸ U.a. Betriebspflicht (§ 21 PBefG), Beförderungspflicht (§ 22 PBefG) und Fahrplanpflicht (§§ 40, 41 Abs. 3, und § 45 Abs. 2 PBefG).

¹⁹⁹ Vgl. *Saxinger* in: ders./Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 4. EL Mai 2014, § 13 Abs. 2 PBefG, Rn. 14; WD BT, Linienverkehrsgenehmigungen nach Personenbeförderungsgesetz im Lichte der VO (EG) Nr. 1370/2007, WD 5 - 3000 - 003/17, S. 8.

²⁰⁰ Zum Streit, ob es sich hierbei um ein ausschließliches Recht i. S. d. Art. 2 f) VO (EG) Nr. 1370/2007 handelt, vgl. *Kaufmann/Linke* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, Art. 2 Rn. 29 f; *Saxinger* in: ders./Winnes, Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 1. EL Juli 2013, VO 1370, Art. 2 lit. f Rn. 15ff.

Demgemäß enthält das PBefG eine ausdrückliche Regelung und Schutzbestimmung für Verkehrsdienste, denen ein ausschließliches Recht nach der VO (EG) Nr. 1370/2007 gewährt wird.

4. Zwischenergebnis

Das Regelungswerk des PBefG bietet im Gegensatz zum AEG die Möglichkeit, Verkehrsleistungen genehmigungsrechtlich zu steuern. Überdies enthält das PBefG eine ausdrückliche Regelung zum Schutz eines nach der VO (EG) Nr. 1370/2007 gewährten Ausschließlichkeitsrechts. Im Eisenbahnverkehrsrecht kann dagegen nach der gegenwärtigen Rechtslage nur im Rahmen eines Verkehrsvertrages eine Vereinbarung über die Vergabe eines ausschließlichen Rechts getroffen werden (inter partes), indem der Aufgabenträger zusichert, keine Bestellung weiterer Leistungen bei einem anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen vorzunehmen. Soweit sich also ein Betreiber in der Lage sieht, neben einem kofinanzierten Autozugverkehrsdienst, nach eigenen Konditionen Autozugverkehrsleistungen eigenwirtschaftlich zu erbringen, so gäbe es im Ergebnis nach derzeitiger Rechtslage keine Möglichkeit, dies zu unterbinden. Um eine Konkurrenz durch eigenwirtschaftlichen Verkehrsdienstleistungen auszuschließen, müsste dementsprechend das AEG und das ERegG grundlegend geändert werden.²⁰¹

III. Gesamtergebnis

Nach alledem könnte das Land Schleswig-Holstein zwar grundsätzlich Autozugverkehrsleistungen als integralen Bestandteil der gemeinwirtschaftlichen Nahverkehrsleistungen im Netz West öffentlich ausschreiben und dem Auftragnehmer für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Gegenzug ein ausschließliches Recht im Sinne der VO (EG) Nr. 1370/2007 gewähren. Mangels entsprechender rechtlicher Rahmenbedingungen könnte hierdurch jedoch nicht die Erbringung eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen im Autozugverkehr unterbunden werden.

²⁰¹ Zur Gesetzgebungskompetenz vgl. Ausführungen in C. III. 2.

C. Könnte das Land Schleswig-Holstein der Deutschen Bahn den Betrieb des „Sylt Shuttle plus“ mit der Begründung untersagen, der Betrieb habe erhebliche negative Auswirkungen auf den allgemeinen Verkehr, die Umwelt und die Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr?

Hintergrund der Fragestellung ist, dass die DB Fernverkehr erstmals im Vergabeverfahren für den ersten Netzfahrplan 2015/2016 ihrer Trassenanmeldung das neue Betriebskonzept „Sylt Shuttle plus“ einführte. Aus dem geführten Vorgespräch ging hervor, dass dieses Konzept nicht unerhebliche Auswirkungen auf den allgemeinen Verkehr, die Umwelt und die Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr habe. So führten beispielsweise die vielen Rangierfahrten des Sylt Shuttle plus zu verlängerten Schließzeiten der Bahnübergänge in den Bahnhöfen Westerland und Niebüll und wirkten sich negativ auf die Pünktlichkeit aller auf dieser Strecke befindlichen Verkehre aus. Überdies verkehre der Sylt Shuttle plus in der Regel ohne Fahrgäste, vermutlich da der Zug eine im Vergleich zum Nahverkehr erheblich längere Fahrzeit habe und dort Fernverkehrspreise gälten. Geprüft werden soll daher, ob das Land den Betrieb untersagen kann.

I. Betriebskonzept „Sylt Shuttle plus“

Nach dem Betriebskonzept des Sylt Shuttle plus werden Triebwagen für eine eigenständige Anfahrt von Niebüll bzw. eine Weiterfahrt über Niebüll hinaus eingesetzt, die dann in Niebüll an den Sylt Shuttle Autozug angehängt werden.²⁰² Die Triebwagen koppeln dann nur auf dem Abschnitt von Westerland nach Niebüll am hinteren Teil des Autozuges an; danach fahren sie alleine über Niebüll hinaus bis nach Hamburg-Altona, auf der Fahrt zurück dann jeweils in umgekehrter Reihenfolge.²⁰³ Die Bundesnetzagentur, die seit 2006 zu ihren bestehenden Aufgaben als Regulierungsbehörde mit der Überwachung des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur betraut ist, hatte die Umsetzbarkeit des neuen Betriebskonzepts vor der Trassenvergabe eingehend geprüft.²⁰⁴ Zudem hat die Bundesnetzagentur den Antrag auf eine nachträgliche Überprüfung des Zuweisungsverfahrens durch die RDC, die sich gegen die Ablehnung ihrer Trassenanmeldung durch den Netzbetreiber wehren wollte, als unbegründet abgelehnt. Gegen diese Entscheidung hatte die RDC Widerspruch erhoben, wel-

²⁰² Nach diesem Konzept konnte die DB Fernverkehr die Beförderungskapazität unter Beibehaltung des überkommenen Taktgefüges erweitern und sie konnte sich erstmals im Trassenvergabeverfahren für den Netzfahrplan 2015/2016 gegenüber der RDC weitgehend durchsetzen. Mit diesem Konzept machte sich die DB Fernverkehr zunutze, dass bei der Trassenvergabe eine längere Trasse Vorrang gegenüber einer Kürzeren hat.

²⁰³ Fahrtrichtung Hamburg-Altona/Husum/Bredstedt nach Westerland.

²⁰⁴ *Staebe/Ernert*, Trassenzuweisung auf überlasteten Schienenwegen - Sylt und kein Ende?, N&R 2016, 289 (290).

cher mit Bescheid vom 13.06.2016 durch die Bundesnetzagentur bestandskräftig zurückgewiesen worden ist.²⁰⁵ Bei einem solchen Verfahren prüft die Bundesnetzagentur lediglich die diskriminierungsfreie Vergabe der Trassen auf Grundlage des ERegG. Eine darüber hinaus gehende Prüfung, ob der Markt ein solches Angebot braucht oder welche Motivation hinter einer Trassenanmeldung liegt, erfolgt hingegen nicht.²⁰⁶

II. Ordnungsrahmen des SPFV

Da der Sylt Shuttle plus durch die Deutsche Bahn AG dem SPFV zugeordnet wird,²⁰⁷ sollen zunächst die rechtlichen Rahmenbedingungen des SPFV dargelegt werden, um im Folgenden prüfen zu können, welche Handlungsoptionen dem Land zur Verfügung stehen.

Seit der Bahnstrukturreform liegt dem SPFV das Organisationsmodell des freien Marktzuganges zugrunde, wonach grundsätzlich jedermann die Möglichkeit hat, ein Eisenbahnunternehmen zu betreiben.²⁰⁸ Die Verkehrsleistungen im SPFV werden seitdem ausschließlich eigenwirtschaftlich erbracht. Diese grundlegende Änderung im Eisenbahnrecht, das zuvor durch das Vorhandensein von Staatsbahnen geprägt war, erfolgte durch Einfügung des Art. 87e in das Grundgesetz. Nach Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG werden „Eisenbahnen des Bundes“ seitdem „als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form geführt“. Nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a GG sind „Eisenbahnen des Bundes“ alle Eisenbahnen, die ganz oder mehrheitlich im Eigentum des Bundes stehen, z. B. die Deutsche Bahn AG. Mit dieser Vorgabe wurde verfassungsrechtlich verankert, dass die Eisenbahnen des Bundes vom Gemeinwohlauftrag befreit und ausschließlich gewinnorientiert zu führen sind.²⁰⁹ Die DB AG ist also grundgesetzlich zu unternehmerischem Handeln verpflichtet.²¹⁰ Bei dem vorhandenen Verkehrsangebot handelt es sich daher um rein unternehmerische Entscheidungen der Eisenbahnverkehrsunternehmen, die ausschließlich auf Grundlage wirtschaftlicher Erwä-

²⁰⁵ *Staebe/Ernert*, Trassenzuweisung auf überlasteten Schienenwegen - Sylt und kein Ende?, N&R 2016, 289 (290).

²⁰⁶ Vgl. die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage, BT Drs. 19/10546 S. 6.

²⁰⁷ Der Sylt Shuttle plus wird unter die Zuggattung „Schnellfahrende Reisezüge des Fernverkehrs“ (D) gefasst und somit durch die DB dem Fernverkehr zugeordnet. Auftragsgemäß erfolgt keine rechtliche Überprüfung dieser Einordnung.

²⁰⁸ Vgl. Ausführungen unter B II. 1.

²⁰⁹ Vgl. Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 12/5015 S. 5; Windthorst in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 87e Rn. 47; Wieland in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2018, Bd. III, Art. 87e Rn. 15f.; Gersdorf in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 1. Aufl. 2018, Band 3, Art. 87e Rn. 45f.

²¹⁰ „Die durch Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG gebotene Privatwirtschaftlichkeit des Handelns schließt eine unmittelbare Gemeinwohlbindung der Eisenbahnen des Bundes aus“, vgl. Windthorst in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 87e Rn. 47; Wieland in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2018, Bd. III, Art. 87e Rn. 15f.; Gersdorf in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 1. Aufl. 2018, Band 3, Art. 87e Rn. 45f.

gungen getroffen werden. Daher steht es den Eisenbahnverkehrsunternehmen auch frei, nicht rentable Verkehrsbindungen einzustellen.²¹¹ Sie sind nicht verpflichtet, mit den auf einzelnen Strecken generierten Gewinnen andere verlustbringende Linien quer zu subventionieren. Zugleich hat der Staat jedoch, trotz der privatrechtlichen Gestaltungsformen, eine verfassungsrechtliche Verantwortung für die Gemeinwohlaufgaben. Gemäß Art. 87e Abs. 4 S. 1 GG gewährleistet der Bund,

„daß dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen, beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes sowie bei deren Verkehrsangeboten auf diesem Schienennetz, soweit diese nicht den Schienenpersonennahverkehr betreffen, Rechnung getragen wird.“

Nach dieser Regelung wird dem Bund die Gewährleistungsverantwortung für die Universaldienstaufgaben sowohl des Ausbaus und des Erhalts des Schienennetzes der Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes, als auch eines hinreichenden Verkehrsangebotes durch die Eisenbahnverkehrsunternehmen des Bundes zugewiesen. Während danach der Bund die Gewährleistungsverantwortung für diese Aufgabe eines hinreichenden Verkehrsangebotes trägt, liegt die Erfüllungsverantwortung bei den Eisenbahnen des Bundes.²¹² Hinsichtlich eines Verkehrsangebotes ist es daher allein Aufgabe der Eisenbahnverkehrsunternehmen des Bundes, die Grundversorgungsaufgabe im Bereich des SPFV zu erbringen.²¹³ Diese verfassungsunmittelbare Aufgabenzuweisung an die Eisenbahnen des Bundes beruht auf der Überlegung, dass andere Wettbewerber, also nicht bundeseigene Bahnen, sowohl im Bereich der Eisenbahninfrastruktur als auch für das Verkehrsangebot im SPFV nicht in der Lage wären, die für die Finanzierung erforderlichen Mittel zur Erfüllung dieser Aufgabe aufzubringen.²¹⁴

Trotz dieser besonderen Gewährleistungsverantwortung des Bundes für Eisenbahnen des Bundes im SPFV wird dieser Markt nicht staatlich alimentiert. Zwar steht dem Bund mit der Regelung in § 15 AEG, ebenso wie im SPNV, grundsätzlich die

²¹¹ Diese werden dann in der Praxis – teils unter erheblichen Protest der betroffenen Länder – durch öffentlich geförderte SPNV-Angebote ersetzt. Nähere Ausführungen zu dieser Problematik, vgl. bei *Gersdorf*, Schienenpersonenfernverkehr zwischen Eigenwirtschaftlichkeit und staatlicher Gewährleistungsverantwortung, DVBl. 2010, 746.

²¹² *Windthorst* in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 87e Rn. 63f.; *Wieland* in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2018, Bd. III, Art. 87e Rn. 22f.; *Gersdorf* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 1. Aufl. 2018, Band 3, Art. 87e Rn. 66f.

²¹³ Vgl. *Gersdorf* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 1. Aufl. 2018, Band 3, Art. 87e Rn. 70; *Gersdorf*, Schienenpersonenfernverkehr zwischen Eigenwirtschaftlichkeit und staatlicher Gewährleistungsverantwortung, DVBl. 2010, 746 (747).

²¹⁴ Vgl. *Gersdorf*, Schienenpersonenfernverkehr zwischen Eigenwirtschaftlichkeit und staatlicher Gewährleistungsverantwortung, DVBl. 2010, 746 (750).

Möglichkeit zur Verfügung, im Falle einer Unterschreitung der Grundversorgung Verkehrsangebote auszuschreiben, verpflichtet ist er hierzu jedoch nicht.²¹⁵

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Markt des SPFV dereguliert ist und vom Prinzip der Eigenwirtschaftlichkeit dominiert wird, indem Eisenbahnverkehrsunternehmen allein gewinnorientiert agieren.

III. Möglichkeit einer Betriebsuntersagung des „Sylt Shuttle plus“

Fraglich ist zunächst, ob überhaupt die rechtliche Möglichkeit besteht, den Betrieb des Sylt Shuttle plus zu untersagen.

Für die Untersagung eines Betriebes bedarf es wegen des erheblichen Eingriffs in die Rechte der Eisenbahnverkehrsunternehmen einer entsprechenden Rechtsgrundlage (Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes).²¹⁶ Zwar besteht nach dem AEG die Möglichkeit, den Betrieb eines Unternehmens zu untersagen, jedoch ausschließlich, um ein sicheres und zuverlässiges Verkehrsangebot zu gewährleisten. So hat die Genehmigungsbehörde die Unternehmensgenehmigung nach § 6g Abs. 1 Satz 2 AEG zu widerrufen, wenn sie feststellt, dass ein Unternehmen den Anforderungen nach den §§ 6a ff. AEG (Zuverlässigkeit, finanzielle Leistungsfähigkeit und fachliche Eignung) nicht mehr nachkommt. Überdies kann nach § 7b Absatz 2 und 3 AEG die ggf. für den Betrieb erforderliche Sicherheitsbescheinigung widerrufen werden. Ohne Unternehmensgenehmigung oder ohne gültige Sicherheitsbescheinigung/Erlaubnis zur Eröffnung eines Betriebes dürfen in Deutschland keine Eisenbahnverkehrsdienste erbracht werden.

Das ERegG enthält indes keinerlei Regelungen für die Untersagung eines Betriebes.²¹⁷

Demgemäß sehen weder das AEG noch das ERegG eine gesetzliche Grundlage vor, einen Betrieb wegen erheblicher negativer Auswirkungen auf den allgemeinen Ver-

²¹⁵ Vgl. *Gersdorf*, Schienenpersonenfernverkehr zwischen Eigenwirtschaftlichkeit und staatlicher Gewährleistungsverantwortung, DVBl. 2010, 746 (749)

²¹⁶ Eine ohne entsprechende rechtliche Grundlage erteilte Untersagungsverfügung wäre rechtswidrig und könnte zu Amtshafungsansprüchen der betroffenen Unternehmen führen.

²¹⁷ Lediglich in § 60 Abs. 2 ERegG ist für den Fall einer unterbleibenden Nutzung zugewiesener Zugtrassen die Kündigung der Vereinbarung durch den Betreiber der Schienenwege vorgesehen. Dabei handelt es sich jedoch um keine Betriebsuntersagung. Neue Trassen können jederzeit beantragt werden.

kehr, die Umwelt oder auf die Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr²¹⁸ zu untersagen.

Rechtsgrundlagen außerhalb des Eisenbahnverkehrsrechts, beispielsweise der Rückgriff auf eine ordnungsbehördliche Generalklausel oder auf Vorschriften der allgemeinen Gewerbeordnung, kommen nicht in Betracht. Da die sicherheits- und ordnungsrechtliche Materie des Eisenbahnverkehrsrechts im AEG umfassend geregelt ist, entfaltet es auch eine Sperrwirkung für die Anwendung anderer Gesetze.

1. Änderung des AEG oder des ERegG?

Fraglich ist, ob das Land eine rechtliche Grundlage für den Erlass einer derartigen Untersagungsverfügung schaffen könnte. Entsprechende Änderungen wären zulässig, wenn der Landesgesetzgeber die erforderliche Gesetzgebungskompetenz besitzt und der beabsichtigten Regelung höherrangiges Recht nicht entgegensteht.

2. Gesetzgebungskompetenz des Landes?

Die Länder haben gemäß Art. 70 Abs. 1 GG das Recht zur Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Die Abgrenzung der Gesetzgebungszuständigkeit zwischen dem Bund und den Ländern bemisst sich nach den Vorschriften des Grundgesetzes über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung, vgl. Art. 70 Abs. 2 GG.

a. Ausschließliche Gesetzgebung

Gemäß Art. 73 Nr. 6a GG hat der Bund die ausschließliche Gesetzgebung für den Bau, die Unterhaltung und das Betreiben von Schienenwegen der Bahnen des Bundes wahrgenommen. Der Bund steht demgemäß die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz nur für die Eisenbahnen des Bundes zu, also für die ganz oder mehrheitlich in seinem Eigentum stehenden Eisenbahnen, vgl. Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a GG. Die Abgrenzung erfolgt somit nach dem formalen Kriterium des mehrheitlichen

²¹⁸ Aufgrund der immer wiederkehrenden Probleme auf der Strecke zwischen Niebüll und Westerland hinsichtlich der Kapazitäten, wurde in das ERegG eine besondere Regelung für überlastete Schienenwege eingefügt, die in der Kommentierung teils als „Sylt-Regelung“ betitelt wird (vgl. *Ernert* in: Linke, VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Aufl. 2019, § 55 Rn. 13). Das ERegG sieht in § 55 Abs. 7 Satz 1 vor, dass soweit ein Betreiber der Schienenwege einen Schienenweg für überlastet erklärt hat, die Regulierungsbehörde auf Antrag eines Aufgabenträgers dem Betreiber der Schienenwege aufgeben kann, innerhalb von drei Wochen Vorrangkriterien für die Konfliktbearbeitung im Trassenzuweisungsverfahren aufzustellen und zu veröffentlichen. Nach Satz 2 sind diese Vorrangkriterien dann eine Woche nach der Veröffentlichung auch anzuwenden. Nach Satz 3 sind Fälle besonderer Dringlichkeit insbesondere gegeben, wenn die Funktionsfähigkeit eingerichteter Taktsysteme im öffentlichen Schienenpersonennahverkehr unmittelbar gefährdet ist. Die Regulierungsbehörde hat somit nunmehr die Kompetenz erhalten, auf dieser Grundlage in das Verfahren der überlasteten Schienenwege einzugreifen und Anordnungen gegenüber den Betreibern der Schienenwege zu erlassen.

Anteileigentums.²¹⁹ Dabei ist der Begriff „Eisenbahnen“ nicht gegenständlich, sondern funktionell als Beförderung durch Eisenbahnen zu verstehen, was sowohl das Erbringen solcher Verkehrsleistungen umfasst, als auch das Betreiben der dafür notwendigen Infrastruktur.²²⁰ Schließlich enthalten noch Art. 87e Abs. 1 S 2, Abs. 2, Abs. 3 Satz 3 und 4 und Abs. 4 Satz 2 GG die Zuweisung einer ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz an den Bund. Dem Land fehlt dementsprechend die Gesetzgebungskompetenz soweit es sich um bundeseigene Eisenbahnen handelt.²²¹

b. Konkurrierende Gesetzgebung

Fraglich ist, ob den Ländern für diesen Regelungsbereich überhaupt eine Gesetzgebungskompetenz zusteht oder, ob der Bundesgesetzgeber mit Erlass des AEG und ERegG von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht hat.

Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich im Eisenbahnrecht auf die Schienenbahnen, die nicht Eisenbahnen des Bundes sind, mit Ausnahme der Bergbahnen, vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 23 GG. Bei der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat, vgl. Art. 72 Abs. 1 GG. Das AEG dient der Gewährleistung eines sicheren Betriebs der Eisenbahn und eines attraktiven Verkehrsangebots auf der Schiene sowie der Wahrung der Interessen der Verbraucher im Eisenbahnmarkt. Es regelt die Instandhaltung der Eisenbahninfrastruktur, die Eisenbahnaufsicht, die Unternehmens- und die Sicherheitsgenehmigung, die Beförderungspflicht, die Abgabe und Stilllegung von Eisenbahninfrastruktureinrichtungen, die Betriebspflicht, die Fahrgastinformationen, die Planfeststellung und die Plangenehmigung. Mit dem ERegG soll der Wettbewerb der Eisenbahnunternehmen untereinander gestärkt werden. Unter anderem dient das Gesetz dazu, die Entgelte für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur zu regulieren und den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu verbessern. Beide Gesetzeswerke gelten einheitlich sowohl für bundeseigene Eisenbahn sowie für nichtbundeseigene Eisenbahnen. Das Land wäre also nach Art. 72 Abs. 1 GG nur noch regelungsbefugt, wenn der Bund mit dem Erlass der einschlägigen Regelungen im AEG und ERegG von der ihm zustehenden Gesetzgebungskompetenz nicht abschließend Gebrauch gemacht hätte. Hat der Bund hingegen abschließend von seiner Gesetzgebungs-

²¹⁹ *Möstl* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand: Juni 2017, Art. 87e Rn. 144; *Remmert* in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 2019, Art. 87e Rn. 1.

²²⁰ *Windthorst* in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 87e Rn. 14.

²²¹ Bei dem Sylt Shuttle plus der Deutschen Bahn AG, die sich zu 100 % im Eigentum des Bundes befindet, handelt es sich um eine Eisenbahn des Bundes.

kompetenz Gebrauch gemacht, wäre ein Landesgesetz auch in den Punkten unzulässig, die der Bundesgesetzgeber nicht positiv geregelt hat.²²² Unerheblich wäre demnach der Einwand, dass das AEG, in das sich eine entsprechende Regelung am ehesten eingliedern lassen würde, eine solche bislang nicht enthalte. Allerdings führt der bloße Umstand, dass der Bund überhaupt auf einem Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung ein Gesetz erlassen hat, noch nicht zum Eintritt der Sperrwirkung.²²³ Maßgeblich ist, ob ein bestimmter Sachbereich umfassend und lückenlos geregelt ist oder jedenfalls nach dem objektivierten Willen des Gesetzgebers abschließend geregelt werden sollte.²²⁴ Demgemäß ist eine Gesamtwürdigung des Normkomplexes notwendig.²²⁵ Dabei ist vorrangig auf das Bundesgesetz selbst abzustellen und dann auf den hinter dem Gesetz stehenden Regelungszweck, die Gesetzgebungsgeschichte und die Gesetzesmaterialien.²²⁶ Wendet man diese Maßstäbe auf den im AEG geregelten Sachbereich an, in den sich eine Betriebsuntersagung eher einfügen würde als in den Regelungskomplex des ERegG, ergibt sich, dass das AEG in §§ 6 ff. und 7a ff. AEG abschließend regelt, unter welchen Voraussetzungen Eisenbahnverkehrsdienste erbracht werden dürfen bzw. wann die Unternehmensgenehmigung und Sicherheitsbescheinigung/Betriebserlaubnis erteilt und versagt/widerrufen werden können. Kriterien hierfür sind solche der Sicherheit, der Leistungsfähigkeit des Betriebs und die Zuverlässigkeit und fachliche Eignung des Unternehmers (vgl. §§ 6a, 7a und 7f AEG, vgl. zum Widerruf § 6g AEG). Das AEG lässt nicht erkennen, dass der Bundesgesetzgeber den Ländern in diesem Bereich Raum für ergänzende Regelungen belassen wollte. Die Untersagung des Betriebes eines Verkehrsdienstes aus anderen, nicht im AEG aufgezählten Gründen, soll nach dem Regelungskonzept daher nicht möglich sein.

3. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass dem Land Schleswig-Holstein die Gesetzgebungskompetenz für eine entsprechende Regelung fehlt, da der Sachbereich einer möglichen Untersagung eines Eisenbahnverkehrsdienstes im AEG erschöpfend geregelt ist.

²²² Vgl. BVerfGE 2, 232 (236); 113, 348 (371).

²²³ BVerfGE 7, 342 (347); 113, 348 (371); *Degenhart* in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 72 Rn. 27; *Seiler* in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 2019, Art. 72 Rn. 1.

²²⁴ *Degenhart* in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 72 Rn. 27; *Uhle* in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL August 2019, Art. 72 Rn. 104f.; *Sannwald* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 72 Rn. 17f.

²²⁵ Vgl. BVerfGE 7, 342 (347); 113, 348 (371); *Degenhart* in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 72 Rn. 27.

²²⁶ BVerfGE 109, 190 (230) unter Verweis auf BVerfGE 98, 265 (300f.).

IV. Gesamtergebnis

Für das Land Schleswig-Holstein besteht keine Möglichkeit, den Betrieb des Sylt Shuttle plus wegen negativer Auswirkungen auf den allgemeinen Verkehr, die Umwelt und die Verkehrsleistungen im Schienenpersonennahverkehr zu untersagen. Für den Erlass einer Untersagungsverfügung fehlt eine entsprechende Rechtsgrundlage. Für die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für eine solche Betriebsuntersagung fehlt dem Land die Gesetzgebungskompetenz.

D. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Zu A.: Bei dem Autozugverkehrsdienst auf der Strecke Niebüll – Westerland handelt es sich um Schienenpersonennahverkehr im Sinne des § 2 Abs. 12 AEG.²²⁷ Dabei wird unter Anwendung der Zweifelsregelung in § 2 Abs. 12 Satz 2 AEG fingiert, dass Hauptzweck des Verkehrsdienstes die Bedienung der Verkehrsbedürfnisse im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr ist.

Eine gerichtliche Entscheidung über eine Einordnung des Autozugverkehrsdienstes ließe sich nur dadurch herbeiführen, dass das Land Schleswig-Holstein ein Vergabeverfahren einleitet. Es ist davon auszugehen, dass eines der hierdurch betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmen diesbezüglich Rechtsschutz vor den hierfür zuständigen Vergabekammern suchen und ein entsprechendes Nachprüfungsverfahren einleiten wird. Die zuständige Vergabekammer würde dann u. a. eine Rechtsverletzung der betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmen prüfen und somit auch, ob der Autozugverkehrsdienst dem Schienenpersonennahverkehr zuzuordnen ist.

2. Zu B.: Die NAH.SH GmbH könnte nach Maßgabe der VO (EG) Nr. 1370/2007 für den Autozugverkehrsdienst gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen festlegen und diesen als integralen Bestandteil der gemeinwirtschaftlichen Nahverkehrsleistungen im Netz West öffentlich ausschreiben. Zur Erfüllung dieser gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen könnte der Aufgabenträger für die Autozugverkehrsleistungen im Rahmen eines Dienstleistungsauftrages ein ausschließliches Recht gewähren. Mangels eines entsprechenden nationalen Regelungsrahmens im Eisenbahnverkehrsrecht könnte hierdurch jedoch nicht unterbunden werden, dass neben einem kofinanzierten auch ein eigenwirt-

²²⁷ Vorbehaltlich einer noch durchzuführenden Verkehrserhebung.

schaftlich erbrachter Autozugverkehrsdienst auf der Strecke Niebüll-Westerland betrieben wird.

3. Zu C.: In Ermangelung einer Rechtsgrundlage besteht für das Land Schleswig-Holstein keine rechtliche Möglichkeit, den Betrieb des Sylt Shuttle Plus zu untersagen. Für die Schaffung einer solchen rechtlichen Grundlage fehlt dem Land die Gesetzgebungskompetenz.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Miriam Spyropoulos