

**Gericht:** VGH  
**Aktenzeichen:** 11 CS 12.1607  
**Sachgebietsschlüssel:** 552

**Rechtsquellen:**

VwGO § 80 a, § 80 Abs. 5, § 123  
PBefG § 8 Abs. 4, §§ 13, 13 a , 20  
Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 Art. 1 Abs. 2, Art. 2, 3 Abs. 1

**Hauptpunkte:**

- Sofortige Vollziehung einer Linienverkehrsgenehmigung
- Voraussetzungen für den Erlass einer einstweilige Erlaubnis
- Anwendbarkeit der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007

**Leitsätze:**

---

---

**Beschluss des 11. Senats vom 16. August 2012**  
(VG München, Entscheidung vom 19. Juni 2012, Az.: M 23 SE 11.5970)



11 CS 12.1607  
M 23 SE 11.5970

*Großes  
Staatswappen*

**Bayerischer Verwaltungsgerichtshof**

In der Verwaltungsstreitsache

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*

- Antragstellerin -

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte \*\*\*\* \* \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*

gegen

**Freistaat Bayern,**

vertreten durch:

Landesrechtsanwaltschaft Bayern,

\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*

- Antragsgegner -

beigeladen:

1. \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*

2. \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*

3. \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*

4. **Landkreis München,**

\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*

bevollmächtigt zu 2:

Rechtsanwälte \*\*\*\*\* \* \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*

bevollmächtigt zu 4:

Rechtsanwälte \*\*\* \*\* \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\* \*\* \*\* \*\*\*\*\*

wegen

Linienverkehrsgenehmigung;

hier: Beschwerde der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 2 und 4 gegen den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 19. Juni 2012,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 11. Senat,  
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Grau,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Koehl,  
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Dr. Köhler-Rott

ohne mündliche Verhandlung am **16. August 2012**  
folgenden

### **Beschluss:**

- I. Der Beschluss des Verwaltungsgerichts München vom 19. Juni 2012 erhält folgende Fassung:
  - "I. Der Antrag wird abgelehnt.
  - II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.  
Die Beigeladenen tragen ihre außergerichtlichen Kosten selbst.
  - III. Der Streitwert wird auf 10.625 € festgesetzt."
- II. Die Beschwerde der Antragstellerin wird zurückgewiesen.
- III. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 2. Die übrigen Beigeladenen tragen ihre außergerichtlichen Kosten selbst.
- IV. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 10.625 € festgesetzt.

## Gründe:

### I.

- 1 Die Antragstellerin wendet sich gegen den Sofortvollzug einer den Beigeladenen zu 1 und 2 erteilten Linienverkehrsgenehmigung und begehrt gleichzeitig, den Antragsgegner im Wege einer einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihr eine einstweilige Erlaubnis für diesen Linienverkehr zu erteilen.
- 2 Die Regierung von Oberbayern erteilte der Bietergemeinschaft der Beigeladenen zu 1 und 2 mit Bescheid vom 5. September 2011 für die Dauer vom 11. Dezember 2011 bis 8. Dezember 2018 - wie bereits zuvor mit Bescheid vom 12. Februar 2009 für den Zeitraum vom 23. März 2009 bis zum 10. Dezember 2011 - die "Genehmigung für die Linienführung, Einrichtung und Betrieb des Linienverkehrs mit Kraftfahrzeugen von Faistenhaar/Otterloh nach Neubiberg (Realschule) und zurück (MVV-Linie 216)". Auf die Begründung des Bescheids wird Bezug genommen. Vorausgegangen war eine öffentliche Ausschreibung der Linie 216, aufgrund der die Bietergemeinschaft den Zuschlag erhalten hatte. Die Antragstellerin hatte sich nicht beteiligt.
- 3 Gegen den Bescheid vom 5. September 2011 erhob die Antragstellerin Widerspruch, über den noch nicht entschieden wurde. Sie machte geltend, ein berechtigtes Interesse daran zu haben, den Linienverkehr als Altunternehmerin weiterhin zu fahren. Am 28. Oktober 2011 stellte die Antragstellerin ihrerseits einen Antrag auf Genehmigung eines (eigenwirtschaftlichen) Linienverkehrs auf der genannten MVV-Linie, über den ebenfalls noch nicht entschieden wurde. Die Antragstellerin hatte für diese Linie zuletzt eine vom 21. Mai 2004 bis zum 13. Dezember 2008 geltende Genehmigung inne, sowie danach bis zum März 2009 eine einstweilige Erlaubnis für den vorläufigen Betrieb.
- 4 Mit Bescheid vom 5. Dezember 2011 ordnete die Regierung von Oberbayern die sofortige Vollziehung der Nr. 1 des Tenors des Bescheids vom 5. September 2011 an. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Antragstellerin habe am 28. Oktober 2011 für die Zeit ab 11. Dezember 2011 einen Antrag für die Linie 216 gestellt, jedoch fehlten bis jetzt Angaben zum beantragten Tarif und Fahrplan. Der ursprüngliche Antrag der Antragstellerin vom 25. August 2008 sei in der mündlichen Verhandlung vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof am 5. Dezember 2011 auf die Zeit bis zum 10. Dezember 2011 verkürzt worden. Mit Schreiben vom 15. November 2011 habe die Bietergemeinschaft die sofortige Vollziehung der Genehmi-

gung beantragt und dies u.a. mit erheblichen Investitionen begründet. Die Anordnung erfolge im überwiegenden öffentlichen Interesse und im überwiegenden privaten Interesse der Genehmigungsinhaber. Die Linie 216 diene wesentlich der Beförderung von Schülern und Berufstätigen, die auf sie angewiesen seien. Der Antrag der Antragstellerin könne auf Grund der fehlenden wesentlichen Angaben derzeit nicht verbeschieden werden. Die Bietergemeinschaft sei das einzige Verkehrsunternehmen, das zur Bedienung dieses Verkehrsinteresses gegenwärtig in Frage komme. Es liege kein prüffähiger Antrag eines weiteren Konkurrenzunternehmens vor. Ohne die Anordnung der sofortigen Vollziehung würde die Linie ab dem 11. Dezember 2011 nicht mehr bedient werden können. Das Interesse der Antragstellerin sei gegenüber dem Interesse der Genehmigungsinhaber als gering einzustufen, da sie bislang (nach Erteilung der Genehmigung an die Bietergemeinschaft) lediglich einen nicht vollständigen Antrag vorgelegt habe.

- 5 Mit Urteil des Senats vom 7. Dezember 2011 (Az. 11 B 11.928) wurden die Bescheide der Regierung von Oberbayern vom 5. November 2008 und vom 12. Februar 2009 aufgehoben und der Antragsgegner verpflichtet, der Antragstellerin die beantragte Genehmigung zum eigenwirtschaftlichen Betrieb des Linienverkehrs auf der Linie 216 für die Zeit bis zum 10. Dezember 2011 zu erteilen. Gegen die Nichtzulassung der Revision in diesem Urteil legten der Antragsgegner und der Beigeladene zu 4 jeweils Beschwerde ein, über die noch nicht entschieden wurde.
- 6 Die Antragstellerin beantragte am 13. Dezember 2011 beim Verwaltungsgericht München, die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs vom 29. September 2011 gegen die den Beigeladenen zu 1 und 2 durch den Antragsgegner erteilte Linienverkehrsgenehmigung vom 5. September 2011 wieder herzustellen. Außerdem beantragte sie, den Antragsgegner im Wege einer einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihr eine einstweilige Erlaubnis für den am 29. Oktober 2011 beantragten Linienverkehr auf der Linie 216 zu erteilen.
- 7 Zur Begründung verwies sie im Wesentlichen auf das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 7. Dezember 2011. Der Widerspruch werde aller Voraussicht nach Erfolg haben, weil der Antragsgegner die öffentlichen Verkehrsinteressen nicht fehlerfrei eingeschätzt habe. Die beantragte einstweilige Anordnung liege im Interesse der Ordnung des öffentlichen Verkehrs für die Zeit bis zur endgültigen Regelung. Mit ihrem Erlass werde nicht die Hauptsache vorweggenommen. Der Antragstellerin stehe aus den genannten Gründen voraussichtlich ein Anspruch auf die beantragte Erlaubnis zu. An einer einstweiligen Regelung zu ihren Gunsten bestehe

auch ein dringender Bedarf (Anordnungsgrund), weil sie als "Altunternehmerin" die "besseren" Rechte besitze.

- 8 Die Antragstellerin beantragte mit Schreiben vom 19. Dezember 2011 gegenüber der Regierung von Oberbayern "rein vorsorglich" zusätzlich die "Erteilung einer einstweiligen Erlaubnis gemäß § 20 PBefG für den eigenwirtschaftlichen Betrieb eines Linienverkehrs auf der Linie 216 für den Zeitraum vom 11. Dezember 2011 bis 10. Februar 2012".
- 9 Mit Schreiben vom 21. Dezember 2011 machte das Verwaltungsgericht den Beteiligten einen Vorschlag zur gütlichen Beilegung des Rechtsstreits, auf dessen Inhalt verwiesen wird. Zu einer Beilegung kam es jedoch nicht, weil die Beigeladenen dem Vorschlag des Gerichts nicht zustimmten.
- 10 Die Antragstellerin teilte mit Schriftsatz vom 21. Februar 2012 klarstellend mit, es werde keine Genehmigung für den Samstagsverkehr beantragt, dem Antrag vom 28. Oktober 2011 liege der jetzt gültige MVV-Tarif zugrunde und es werde die Genehmigung für einen kommerziellen Verkehr beantragt, d.h. es liege kein öffentlicher Dienstleistungsauftrag mit einem Aufgabenträger über Ausgleichsleistungen nach der Verordnung (EG) 1370/2007 vor.
- 11 Die Regierung von Oberbayern führte unter dem 22. Mai 2012 u.a. aus, dass die Antragstellerin sich bis heute nicht geäußert habe, ob sie den beantragten Verkehr auf eigenes unternehmerisches Risiko und ohne Zuschüsse des Aufgabenträgers zu betreiben beabsichtige, oder ob sie dessen (mögliche/zweifelhafte) Zuschüsse für einen dauerhaften Betrieb der Linie voraussetze. Sie verlange den Vorrang der "Eigenwirtschaftlichkeit" für sich in Anspruch zu nehmen, ohne darzulegen, ob es sich bei ihrem Antrag um einen solchen handele.
- 12 Das Verwaltungsgericht stellte mit Beschluss vom 19. Juni 2012 die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen die den Beigeladenen zu 1 und 2 erteilte Linienverkehrsgenehmigung vom 5. September 2011 für den Linienverkehr auf der Linie 216 von Faistenhaar/Otterloh nach Neubiberg (Realschule) wieder her. Im Übrigen lehnte es den Antrag ab.
- 13 Der Antrag nach § 123 VwGO sei bereits wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Zum Zeitpunkt des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung habe kein nach § 20 Abs. 1 PBefG zwingend notwendiger Antrag auf Erteilung einer einstweiligen Erlaubnis bei der zuständigen Behörde vorgelegen. Soweit das materielle Recht einen Antrag erfordere, könne in der gerichtlichen Geltendmachung des

Begehrens kein derartiger Antrag gesehen werden. Auch danach sei mit Schreiben der Antragstellerin vom 19. Dezember 2011 an die Regierung von Oberbayern lediglich die "Erteilung einer einstweiligen Erlaubnis gemäß § 20 PBefG für den eigenwirtschaftlichen Betrieb eines Linienverkehrs auf der Linie 216 für den Zeitraum vom 11. Dezember 2011 bis 10. Februar 2012" beantragt worden.

- 14 Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 VwGO sei hingegen zulässig und auch erfolgreich. Es könne dabei im Ergebnis dahinstehen, ob die Anordnung der sofortigen Vollziehung der den Beigeladenen zu 1 und 2 erteilten Linienverkehrsgenehmigung sich schon deshalb als rechtswidrig erweise, weil die Regelung in § 15 Abs. 2 PBefG die Möglichkeit der sofortigen Vollziehung der regulären Genehmigung ausschließe, das Personenbeförderungsgesetz eine vorläufige genehmigungspflichtige Personenbeförderung nur im Linienverkehr auf der Grundlage einer einstweiligen Erlaubnis nach § 20 Abs. 1 PBefG zulasse und diese damit eine die Regelung des § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO verdrängende Sonderregelung darstelle. Soweit der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 16. Dezember 1993 (BayVBl 1994, 407) im Fall einer Genehmigung zur Durchführung von Krankentransport und Notfallrettung allgemein ausgeführt habe, sowohl einstweilige Erlaubnis als auch endgültige Genehmigung könnten im Falle einer Anfechtung für sofort vollziehbar erklärt werden, erscheine zweifelhaft, ob dies in dieser allgemeinen Form auch für den Bereich des Personenbeförderungsgesetzes gelten solle.
- 15 Der Bescheid der Regierung von Oberbayern vom 5. September 2011 erweise sich nach der im Eilverfahren allein vorzunehmenden summarischen Prüfung als rechtswidrig und verletze die Antragstellerin in ihren Rechten. Es könne dabei dahinstehen, ob die Antragstellerin gleichzeitig einen Anspruch auf Erteilung der beantragten Linienverkehrsgenehmigung habe, da sie zumindest voraussichtlich einen Anspruch auf erneute Entscheidung über die Vergabe der Linienverkehrsgenehmigung habe. Die Regierung stütze ihre Entscheidung darauf, dass die Antragstellerin "kein vorhandener Unternehmer" sei. Der eigenwirtschaftliche Antrag sei mit Bescheid vom 5. November 2008 wegen der Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen als nicht genehmigungsfähig abgelehnt worden. Auf der Grundlage der Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 7. Dezember 2011 könne die Begründung im Bescheid vom 5. September 2011 keinen Bestand haben. Zwar sei die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs noch nicht rechtskräftig, da inzwischen Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision erhoben worden sei. Die Kammer folge jedoch der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichtshofs und sehe keine



Veranlassung, diese in Frage zu stellen. Demnach sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin (bis zum 10. 12. 2011) einen Anspruch darauf besessen habe, die Genehmigung für den eigenwirtschaftlichen Betrieb der streitgegenständlichen Linie zu erhalten. Bereits die bislang gänzliche Nichtberücksichtigung der Antragstellerin bei der Entscheidung über die Erteilung der Linienverkehrsgenehmigung erweise sich voraussichtlich als rechtswidrig und verletze sie als Konkurrentin der Beigeladenen zu 1 und 2 in ihren Rechten. Wie die bisherigen und evtl. künftige Äußerungen der Antragstellerin zu der Frage der "Eigenwirtschaftlichkeit" bzw. eines "kommerziellen Verkehrs" zu bewerten seien und ob es überhaupt auf die Frage ankommen werde, ob sie "Altunternehmer" im Sinne von § 13 Abs. 3 PBefG sei, werde im Rahmen des weiteren behördlichen Verfahrens zu klären sein. Hingegen werde es bei der Entscheidung - auch vor dem Hintergrund des zwischenzeitlich eingeschränkten Antragszeitraums - wohl nicht darauf ankommen, ob sie "vorhandener Unternehmer" im Sinn von § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG sei. Für die Rechtmäßigkeit der Genehmigungserteilung werde es maßgeblich auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung - hier der noch ausstehenden Entscheidung über den Widerspruch ankommen.

- 16 Es könne auch nicht festgestellt werden, dass trotz der voraussichtlichen Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids möglicherweise ausnahmsweise ein überwiegendes öffentliches oder privates Vollzugsinteresse der Beigeladenen zu 1 und 2 bestünde. Soweit im Bescheid vom 5. Dezember 2011 darauf abgestellt worden sei, es liege kein prüffähiger Antrag der Antragstellerin vor, weil Angaben zum beantragten Tarif und Fahrplan fehlten, seien diese Angaben mittlerweile nachgeholt worden. Auch wäre die Anordnung des Sofortvollzugs nicht das einzige geeignete Mittel gewesen, um die unterbrechungsfreie Bedienung der Linie 216 sicher zu stellen. Gerade die in § 20 PBefG geregelte einstweilige Erlaubnis stelle für den Linienverkehr eine spezielle Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes dar, die sicherstelle, dass auch bei nicht bestandskräftigen bzw. streitbefangenen Genehmigungsbescheiden Linienverkehr betrieben werden könne. Im Hinblick auf den mittlerweile verstrichenen Zeitraum, hätte auch die Möglichkeit bestanden, ein Verfahren zur Erteilung einer einstweiligen Erlaubnis durchzuführen.
- 17 Gegen diesen Beschluss legten jeweils am 9. Juli 2012 die Beigeladene zu 2, der Beigeladene zu 4 und die Antragstellerin Beschwerde ein.

18 Die Beigeladene zu 2 beantragt,

19 1. die Vollziehung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts vom 19. Juni 2012  
bis zur Entscheidung über die Beschwerde auszusetzen.

20 2. den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 19. Juni 2012 aufzuheben.

21 Zur Begründung des Aufhebungsantrags führt sie im Wesentlichen aus, dass die Abwägung der Beteiligteninteressen durch das Verwaltungsgericht unvollständig und fehlerhaft sei. Der Ausgang des Hauptsacheverfahrens sei nicht absehbar. Das Verwaltungsgericht vermische unzulässigerweise die beiden inzwischen streitbefangenen Genehmigungen. Ob die Ablehnung des Antrags der Antragstellerin vom 25. Juli 2008 mit Bescheid vom 5. November 2008 zu Unrecht geschehen sei, unterliege derzeit der revisionsgerichtlichen Klärung. Die an die Beigeladenen zu 1 und 2 erteilte Genehmigung vom 12. Februar 2009 sei gerade nicht Gegenstand des vorliegenden Eilverfahrens, dem allein die Genehmigung vom 5. September 2011 zu Grunde liege. Soweit das Verwaltungsgericht ausführe, dass es der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichtshofs folge, übersehe es völlig, dass diese Entscheidung zu einer gänzlich anderen Rechtslage ergangen sei. Zu dem für die Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt sei die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 noch in Kraft gewesen. Seit dem 3. Dezember 2009 gelte jedoch die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

22 Die summarische Prüfung des Antrags der Antragstellerin könne sich demnach nicht auf die Gründe der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs stützen, ohne festzustellen, dass diese auch vor dem Hintergrund der neuen Rechtslage tragen würden. An einer solchen Auseinandersetzung fehle es im Beschluss.

23 Das Verwaltungsgericht gehe fehlerhaft davon aus, dass der Genehmigungsantrag der Antragstellerin zwischenzeitlich prüffähig geworden sei. Die Antragstellerin habe nach wie vor nicht zugesichert, dass sie den Verkehr in gleicher Qualität und Regelmäßigkeit erbringen könne, wie es die Beigeladenen zu 1 und 2 derzeit leisteten. Unstreitig verfüge die Antragstellerin derzeit nicht über die gleichen Mittel wie die Beigeladenen zu 1 und 2, die die der Linienverkehrsgenehmigung zu Grunde liegende Ausschreibung gewonnen hätten. Umso wichtiger sei es, im Rahmen des öffentlichen Verkehrsinteresses eine verbindliche Zusicherung von der Antragstellerin zu bekommen, dass sie die finanzielle Leistungsfähigkeit besitze, den Verkehr trotz der gravierenden Unterdeckung mangels öffentlicher Zuschüsse dauerhaft und sicher zu erbringen. Liege eine - auch tatsächlich belastbare - Zusicherung nicht vor, müsse sich der Antragsgegner nicht auf eine Gefährdung der öffentlichen Verkehrsinteres-

sen durch eine Unterbrechung der Verkehrserbringung einlassen und könne den Antrag zu Recht ablehnen.

- 24 Ob die Antragstellerin gegebenenfalls einen Erstattungsanspruch gegen den Aufgabenträger auf Finanzierung der Tarifunterdeckung habe, sei bereits zur alten Rechtslage nach wie vor streitig. Zur neuen Rechtslage gebe es hierzu noch gar keine Aussage. Das Verwaltungsgericht hätte sich also zumindest damit auseinander setzen müssen, ob die Antragstellerin unter der Geltung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 einen Anspruch auf Zuschüsse habe und den Zeitraum bis zur Durchsetzung des Anspruchs mit für die Verkehrserbringung hinreichenden finanziellen Mitteln überbrücken könne.
- 25 Das Verwaltungsgericht beschließe unrichtig, dass mit der Möglichkeit der Erteilung einer einstweiligen Erlaubnis gemäß § 20 PBefG dem Antragsgegner ein weiteres, geeignetes Mittel zur Verfügung stehe, die unterbrechungsfreie Bedienung der Linie 216 sicherzustellen. Insoweit liege jedoch eine rechtskräftige Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs aus dem Jahre 1994 vor, wonach der Sofortvollzug der Linienverkehrsgenehmigung anzuordnen sei und kein Raum für die Erteilung einer einstweiligen Erlaubnis gemäß § 20 PBefG bestehe.
- 26 Der Beschluss des Verwaltungsgerichts sei des Weiteren falsch, soweit es hinsichtlich der Begründung des Bescheids vom 5. September 2011, die Antragstellerin sei aufgrund des Bescheids vom 12. Februar 2009 keine Altunternehmerin, darauf abstelle, dass letzterer Bescheid durch den Verwaltungsgerichtshof aufgehoben und der Antragsgegner verpflichtet worden sei, die Genehmigung für die Zeit bis zum 10. Dezember 2011 zu erteilen. Auch unter der Annahme, dass das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Bestand haben könnte, sei die Auffassung des Verwaltungsgerichts insoweit falsch. Das Bundesverwaltungsgericht habe bereits in seinem Urteil vom 19. Oktober 2006 (BVerwGE 127, 42) entschieden, dass es hinsichtlich des Altunternehmerschutzes gemäß § 13 Abs. 3 PBefG auf die tatsächliche Erbringung des Verkehrs ankomme, und nicht darauf, wer die Genehmigung inne habe. Demnach stehe der Altunternehmerschutz unabhängig von der Entscheidung zum Bescheid vom 12. Februar 2009 den Beigeladenen zu 1 und 2 zu. Auch dies hätte zu einem abweichenden Ausgang der summarischen Prüfung führen müssen.
- 27 Vollkommen außer Acht bei der Prüfung lasse das Verwaltungsgericht die Folgen seiner Entscheidung. Die Genehmigung sei demnach seit dem 19. Juni 2012 nicht mehr vollziehbar. Die Verkehrserbringung ohne Genehmigung stelle eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 61 Abs. 1 Nr. 1 PBefG dar. Es drohe akut eine Unterbrechung der Verkehrsbedienung. Mit den wirtschaftlichen Interessen der Beigeladenen zu 1 und 2 und der Antragstellerin abzuwägen seien jedoch zuvörderst die öffentlichen

Verkehrsinteressen an einer regelmäßigen Bedienung der Linie 216, wie sie in § 8 PBefG niedergelegt seien. Da die Antragstellerin nicht in der Lage sei, eine ausreichende Verkehrsbedienung zu erbringen, die Beigeladenen zu 1 und 2 derzeit aktuell wirtschaftlich hierauf eingerichtet und hierzu auch in der Lage seien, hätte das Verwaltungsgericht der weiteren Erbringung des Verkehrs durch die Beigeladenen zu 1 und 2 bei der Abwägung den Vorrang geben müssen.

28 Auf Antrag der Beigeladenen zu 1 und 2 wurde ihnen mit Bescheid vom 11. Juli 2012 eine einstweilige Erlaubnis nach § 20 PBefG für die Bedienung der Linie 216 bis zum 1. August 2012 erteilt, die mit Bescheid vom 17. Juli 2012 für sofort vollziehbar erklärt wurde.

29 Die Antragstellerin beantragt mit ihrer Beschwerde,

30 den Beschluss des Verwaltungsgerichts München vom 19. Juni 2012 insoweit aufzuheben, als der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt wurde, den Antragsgegner zu verpflichten, der Antragstellerin eine einstweilige Erlaubnis für den am 29. Oktober 2011 beantragten Linienverkehr auf der MVV-Linie 216 von Faistenhaar/Otterloh nach Neubiberg (Realschule) zu erteilen.

31 Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, soweit das Verwaltungsgericht ihren Verpflichtungsantrag auf Erteilung einer einstweiligen Erlaubnis für den beantragten Linienverkehr wegen fehlendem Rechtsschutzbedürfnis abgelehnt habe, sei die Entscheidung unrichtig. Sie habe am 29. September 2011 zunächst Widerspruch gegen den Bescheid vom 5. September 2011 erhoben und sodann am 28. Oktober 2011 einen (weiteren) Antrag auf Genehmigung eines eigenwirtschaftlichen Linienverkehrs auf der MVV-Linie gestellt.

32 Mit weiterem Schreiben vom 19. Dezember 2011 sei dem Antragsgegner mitgeteilt worden, dass die Antragstellerin weiterhin die Geltung des MVV-Tarifs beantrage, hilfsweise, gemäß § 39 Abs. 2 PBefG einen kostendeckenden Tarif. Auf ihre weiteren Schreiben vom 16. Dezember 2011 und 17. Dezember 2011 samt dem dort mit vorgelegten Fahrplan für die Linie 216 sei Bezug genommen worden. Im Übrigen gelte laut dem Beschluss des Beigeladenen zu 4 vom 21. Mai 2007 der MVV-Tarif.

33 Im Übrigen sei über den Antrag der Antragstellerin aus dem Jahr 2008, ihr eine Linienverkehrsgenehmigung für den Zeitraum vom 14. Dezember 2008 bis 13. Dezember 2016 zu erteilen, für den Genehmigungszeitraum vom 11. Dezember 2011 bis 13. Dezember 2016 vom Verwaltungsgerichtshof nicht entschieden worden. Der ur-

sprünglich gestellte Antrag der Antragstellerin sei auch nicht zurückgenommen worden.

- 34 Mit den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. April 2000 (Az. 3 C 6/99) bzw. vom 2. Juli 2003 (Az. 3 C 46/02) sei davon auszugehen, dass eigenwirtschaftliche Verkehre Vorrang vor gemeinwirtschaftlichen Verkehren hätten (§ 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG). Ein eigenwirtschaftlicher Verkehr müsse nur dann zurückstehen, wenn er selbst höhere Kosten für die Allgemeinheit mit sich bringe als ein gemeinwirtschaftlicher oder sonst gegen die öffentlichen Verkehrsinteressen verstoße. Weder die Eigenwirtschaftlichkeit noch die Leistungsfähigkeit würden hierbei dadurch beeinträchtigt, dass auf der genehmigten Linie keine Gewinne eingefahren würden. Die zu erwartenden Defizite könnten bei der Beurteilung der finanziellen Leistungsfähigkeit nach § 13 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 PBefG nicht berücksichtigt werden. Die Voraussetzungen für die finanzielle Leistungsfähigkeit seien in § 2 Abs. 1 Nr. 2 der Berufszugangs-Verordnung für den Straßenverkehr genau festgelegt worden und würden von der Antragstellerin erfüllt. Der Antragsgegner habe nicht einmal versucht, einen eigenwirtschaftlichen Linienverkehr auf der Linie 216 zu genehmigen. Vielmehr sei sogleich diese Linie ausgeschrieben worden. Allein dieses Vorgehen sei unter Beachtung der genannten Urteile des Bundesverwaltungsgerichts rechtswidrig. Das von dem Antragsgegner und auch dem Beigeladenen zu 4 angeführte Argument des defizitären Betriebs der Linie 216 habe der Verwaltungsgerichtshof in seinem Urteil vom 7. Dezember 2011 ausdrücklich nicht anerkannt.
- 35 Soweit der Antragsgegner im Rahmen des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums gleichwohl die Frage der Kostendeckung aufwerfe und zum Prüfungsmaßstab nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG erhebe, stelle er sachfremde Erwägungen an, die vom Beurteilungsmaßstab nicht mehr gedeckt seien. Insoweit sei davon auszugehen, dass der Antragstellerin die aktuell beantragte Genehmigung zu erteilen sein werde. Der Gestaltungsspielraum des Antragsgegners sei insoweit auf Null reduziert.
- 36 Die beantragte einstweilige Anordnung liege im Interesse der Ordnung des öffentlichen Verkehrs für die Zeit bis zur endgültigen Regelung und nehme die Hauptsache nicht vorweg. An einer einstweiligen Regelung zugunsten der Antragstellerin bestehe auch ein dringender Bedarf (Anordnungsgrund), weil sie als "Altunternehmerin" die "besseren" Rechte besitze. Sie habe eine Genehmigung nach § 13 PBefG beantragt. Greife keiner der gesetzlichen Versagungsgründe ein, so bestehe ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung. Deshalb sei die den Beigeladenen erteilte Genehmigung rechtswidrig und verletze die Antragstellerin in eigenen Rechten. Selbst wenn mehrere Antragsteller die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen des § 13 Abs. 1 PBefG erfüllten und ihre Anträge auch nicht aus anderen Gründen abzu-

lehnen seien - was hier nicht der Fall sei -, habe die Behörde eine in ihrem Ermessen stehende rechtmäßige Auswahlentscheidung zwischen den Bewerbern um eine Linienverkehrsgenehmigung zu treffen. Der Altunternehmerschutz gemäß § 13 Abs. 3 PBefG habe in dem vorliegenden Verfahren keine Berücksichtigung erfahren, womit die Entscheidung des Antragsgegners auch ermessensfehlerhaft sei.

37 Der Antragsgegner hält die Beschwerde der Beigeladenen zu 2 für begründet und unterstützt sie inhaltlich. Die Bietergemeinschaft der Beigeladenen zu 1 und 2 sei einzig denkbarer Adressat einer Linienverkehrsgenehmigung, insbesondere weil nur sie einen genehmigungsfähigen Antrag gestellt habe. Das Verwaltungsgericht habe es unterlassen, sich mit der auch vom Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 7. Dezember 2011 in den Blick genommenen Rechtsänderung durch die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 näher auseinanderzusetzen. Der Antrag der Antragstellerin sei aufgrund des Genehmigungshindernisses gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG mangels Subventionierungsfähigkeit und hinreichender Eigenmittel nicht positiv bescheidungsfähig. Vor diesem Hintergrund stelle sich mangels eines materiellen Konkurrenzverhältnisses die Frage, ob und in wiefern sich die Antragstellerin auf den Altunternehmerschutz nach § 13 Abs. 3 PBefG berufen könne, von vornherein nicht. Es sei bereits fraglich, ob sie bis heute überhaupt einen prüffähigen, vollständigen Antrag für die streitgegenständliche Liniengenehmigung gestellt habe. Hierzu werde auf die Ausführungen in der Beschwerdebegründung der Beigeladenen zu 2 Bezug genommen. Die Regierung habe hierauf zuletzt mit Schreiben vom 5. Juli 2012 hingewiesen und die Antragstellerin um Bestätigung gebeten, dass die Anträge vom 25. Juli 2008 und vom 28. Oktober 2011 nach neuerer Terminologie der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 einen kommerziell betriebenen Verkehr auf eigenes Risiko mit den ihr zur Verfügung stehenden Finanzmitteln ohne Kostenzuschüsse des Aufgabenträgers beinhalteten. Nach dem beigefügten Aktenvermerk vom 18. Juli 2012 habe die Antragstellerin telefonisch gegenüber der Regierung erklärt, dass sie "den gesamten Tarif mit allem" beantrage und ein klarstellendes Schreiben dazu angekündigt, ob sie einen kommerziellen Verkehr auf eigenes Risiko zu betreiben beabsichtige oder nicht. Dieses Schreiben stehe noch aus.

38 Aufgrund einer Prognose der Erfolgsaussichten in der Hauptsache müsse entgegen dem angefochtenen Beschluss entschieden werden. Das müsse unter Geltung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 erst recht gelten, weil sich die Antragstellerin an entsprechenden Ausschreibungen nicht beteiligt habe und sich schon deshalb im Gegensatz zu den Beigeladenen zu 1 und 2 auf keinen öffentlichen Dienstleistungsauftrag berufen könne, in dessen Umsetzung Ausgleichsleistungen fließen. Das Ver-

waltungsgericht lasse sich in seiner Eilentscheidung in keiner Weise dazu aus, inwiefern der Antragstellerin nach Änderung der europarechtlichen Grundlagen ein Anspruch auf Genehmigungserteilung nach Ablauf des 10. Dezember 2012 überhaupt zustehen könne.

- 39 Der Verwaltungsgerichtshof habe die Revision trotz der Divergenz zur Entscheidung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 5. April 2011 (Az. 2 a 1593/10) nicht zugelassen, weil er der Ansicht gewesen sei, dass der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache im Sinn von § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO in Zukunftsbetrachtung eine Rechtsänderung des Europäischen Rechts entgegenstehe. Das Verwaltungsgericht hätte deshalb, wenn es schon auf die Erfolgsaussicht in der Hauptsache und hierbei tragend auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 7. Dezember 2011 abstelle, konsequenterweise im Detail prüfen müssen, inwiefern die Frage des Genehmigungshindernisses nach Maßgabe der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 nunmehr zu beantworten sei. Hierzu finde sich in der Entscheidung nichts. Gerade wegen der Äußerungen des 11. Senats zur Nichtzulassung der Revision auf Basis des neuen Gemeinschaftsrechts müsse zumindest von einer offenen, höchststrichlerlich ungeklärten Rechtsfrage ausgegangen werden, die im Eilverfahren nicht im Sinn einer summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache, sondern nur über eine allgemeine Interessenabwägung zu lösen sei. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts München vom 19. Juni 2012 habe die öffentlichen Interessen der Fahrgäste und der Allgemeinheit nicht berücksichtigt. Nach ihr hätte auch übergangsweise keine Bedienung auf der Linie 216 stattfinden können, wenn nicht die Genehmigungsbehörde mit der bis zum 1. August 2012 befristeten Lösung über § 20 PBefG für einen rechtmäßigen Interimszustand gesorgt hätte. Deshalb sowie vor dem Hintergrund, dass die Antragstellerin den Betrieb auf der Linie 216 in wirtschaftliche Sicht ohne Zuschüsse des Aufgabenträgers nicht für eine längere Zeit garantieren könne, könne eine allgemeine Interessenabwägung nur zu Gunsten der Beigeladenen zu 1 und 2 ausgehen. Die Linie 216 sei u.a. wegen Beförderung von Schülern und Berufstätigen für den ÖPNV überaus wichtig und müsse daher zeitlich lückenlos aufrechterhalten werden. Da in der bayerischen Vollzugspraxis und auch in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (BayVGH vom 16.12.1993, BayVBI 1994, 407) die Anordnung des Sofortvollzugs für eine Linienverkehrsgenehmigung einerseits sowie die Anordnung des Sofortvollzugs für eine einstweilige Erlaubnis andererseits als alternativ möglich und parallel nebeneinander stehend angesehen würden, wäre es nicht tragfähig, bei der Interessenabwägung auf die Möglichkeit einer großzügig zu verlängernden einstweiligen Erlaubnis über den 1. August 2012 hinaus zu verweisen, mit der ein übergangsweiser Verkehr ermöglicht werden könnte.

40 Der Beigeladene zu 4 beantragt,

41 die Vollziehung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts vom 19. Juli 2012 bis zur Entscheidung über die Beschwerde gemäß § 149 Abs. 1 Satz 2, § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 570 Abs. 3 ZPO auszusetzen und den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 19. Juni 2012 aufzuheben.

42 Zur Begründung führt er im Wesentlichen aus, dass das Verwaltungsgericht zu Unrecht die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen die den Beigeladenen zu 1 und 2 erteilte Linienverkehrsgenehmigung vom 5. September 2011 für den Linienverkehr auf der Linie 216 wieder hergestellt habe.

43 Das Verwaltungsgericht gehe bei der summarischen Prüfung von einem falschen Hauptverfahren aus, weil es verkenne, dass es in diesem Eilverfahren gerade nicht um die Genehmigungen gehe, die die Antragstellerin unter dem 25. Juli 2008 beantragt habe und die ihr mit Bescheid vom 5. November 2008 versagt worden seien. Vielmehr seien dem Eilverfahren bei der summarischen Prüfung allein die Genehmigungen zugrunde zu legen, die den Beigeladenen zu 1 und 2 unter dem 5. September 2011 erteilt worden seien. Für diese gelte die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Dabei sei es unerheblich, ob mit § 20 PBefG eine lex specialis für den Sofortvollzug von Liniengenehmigungen vorliege, weil auch in diesem Fall nur auf die der einstweiligen Erlaubnis zu Grunde liegenden "Hauptgenehmigungen" abzustellen sei. Es sei sachgerecht und nicht ermessensfehlerhaft, demjenigen die einstweiligen Erlaubnisse zu erteilen, dem auch die Hauptgenehmigung erteilt worden sei. Lediglich im Fall einer nach Genehmigungserteilung eingetretenen Änderung der Sach- oder Rechtslage oder offensichtlich falschen rechtlichen Bewertung bei der Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen bestehe für die Genehmigungsbehörde Anlass, im Rahmen der Entscheidung über die Erteilung einer einstweiligen Erlaubnis in eine erneute Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen einzutreten. Eine solche Prüfung habe das Verwaltungsgericht gerade nicht vorgenommen, sondern sich schlicht auf die - noch nicht bestandskräftige - Entscheidung über die "alte" Genehmigung gestützt. Dies sei nicht zulässig.

44 Auch im Rahmen der Genehmigungsfähigkeit des Antrags stelle das Verwaltungsgericht erneut auf das Hauptsacheverfahren ab, dem allerdings ein anderes Genehmigungsverfahren zugrunde liege. Sofern das Verwaltungsgericht darauf abstelle, dass bezüglich des beantragten Tarifs und Fahrplans diese Angaben "zwischenzeitlich nachgeholt worden" seien, so verkenne es bereits, dass diese Angaben zum ent-



scheidenden Zeitpunkt, d.h. demjenigen, in dem es eine Antragskonkurrenz gegeben habe, gerade nicht vorgelegen hätten. Darüber hinaus habe die Antragstellerin bis heute nicht kundgetan, wie sie die Verkehre auf der Grundlage der ihr zur Verfügung stehenden Mittel überhaupt sicherstellen wolle. Allein die Beigeladenen zu 1 und 2 verfügten aufgrund ihres Verkehrsvertrages mit dem Beigeladenen zu 4 über eine gesicherte Finanzierung, was die Sicherstellung der Verkehrsleistung und damit der ausreichenden Bedienung im Sinne des § 8 Abs. 3 PBefG in Verbindung mit Art. 8 Abs. 1 BayÖPNVG unter Berücksichtigung des von dem Beigeladenen zu 4 zu erstellenden Nahverkehrsplans gemäß Art. 14 BayÖPNVG gewährleiste. Insofern sei auch nicht nachvollziehbar, inwiefern im vorliegenden Fall nicht feststellbar sei, dass "ausnahmsweise ein überwiegendes öffentliches oder privates Vollzugsinteresses der Beigeladenen zu 1 und 2 bestünde".

45 Der Beschluss des Verwaltungsgerichts sei auch deswegen aufzuheben, weil es zu Unrecht eine Nichtberücksichtigung des sogenannten Altunternehmerschutzes im Sinne des § 13 Abs. 3 PBefG annehme. Der Antragsgegner habe zu Recht ausgeführt, dass die Antragstellerin "nicht vorhandene Unternehmerin" gewesen sei. Denn sie habe wegen des unvollständigen Antrags sowie der fehlenden Auskömmlichkeit zu keiner Zeit einen genehmigungsfähigen Antrag gestellt, so dass sie auch zu keiner Zeit eine Genehmigung hätte erhalten können und damit vorhanden gewesen wäre. Das Verwaltungsgericht verkenne, dass sich auf den Besitzstandsschutz gemäß § 13 Abs. 3 PBefG nur berufen könne, wer den Verkehr auch betrieben, d.h. durchgeführt habe. Da die Antragstellerin aber zu keiner Zeit Verkehre durchgeführt habe bzw. habe durchführen können, reiche ein vermeintliches Recht dazu nicht aus, weil es auf die tatsächliche Durchführung ankomme.

46 Mit Schriftsatz vom 3. August 2012 beantragt der Antragsgegner, die Beschwerde der Antragstellerin im Verfahren nach § 123 VwGO zurückzuweisen.

47 Zur Begründung verweist er auf die hierzu ergangenen Ausführungen des Verwaltungsgerichts und die seiner Ansicht nach fehlende Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs durch die Antragstellerin. Gleichzeitig teilte er mit, dass die Regierung am 1. August 2012 den Beigeladenen zu 1 und 2 eine neuerliche einstweilige Erlaubnis für die Zeit vom 2. August bis 21. August 2012 erteilt habe.

48 Mit Schriftsätzen vom 9. August 2012 und 13. August 2012 beantragten auch die Beigeladenen zu 2 und 4, die Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen. Auf die Begründung der beiden Schriftsätze wird Bezug genommen.

49 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Gerichts- und der vorgelegten Behördenakten verwiesen.

II.

50 1. Die Beschwerde der Antragstellerin gegen die Ablehnung ihres Antrags nach § 123 VwGO durch das Verwaltungsgericht ist zulässig, jedoch nicht begründet. Die mit der Beschwerdebegründung vorgebrachten Einwände, auf deren Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, geben keinen Anlass zu einer Abänderung der insoweit ergangenen erstinstanzlichen Entscheidung.

51 Das Verwaltungsgericht hat den Antrag der Antragstellerin, den Antragsgegner im Wege einer einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihr eine einstweilige Erlaubnis für die MVV-Linie 216 zu erteilen, zu Recht wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig abgelehnt. Die Erteilung einer einstweiligen Erlaubnis nach § 20 PBefG setzt einen gerade hierauf gerichteten Antrag voraus, zumindest aber einen Antrag auf Linienverkehrsgenehmigung i.V.m. einer Einverständniserklärung damit, dass anstatt oder zusätzlich zu einer regulären Genehmigung wenigstens eine einstweilige Erlaubnis erteilt wird (Heinze, Personenbeförderungsgesetz, 1. Aufl. 2007, § 20 Anm. 1; vgl. auch Beschluss des Senats vom 12.5.1997 Az. 11 ZE 97.1158).

52 Die Antragstellerin hatte im Zeitpunkt ihrer Antragstellung nach § 123 VwGO am 13. Dezember 2011 gegenüber der Regierung von Oberbayern als zuständiger Genehmigungsbehörde (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b ZustVVerk) keinen Antrag auf Erteilung einer einstweiligen Erlaubnis nach § 20 PBefG gestellt. Sie hat zwar mit Schreiben vom 19. Dezember 2011 die Erteilung einer einstweiligen Erlaubnis gemäß § 20 PBefG für die Linie 216 beantragt, jedoch nur für den Zeitraum vom 11. Dezember 2011 bis 10. Februar 2012, der im Zeitpunkt der Entscheidung des Verwaltungsgerichts am 19. Juni 2012 längst abgelaufen war. Schließlich hat die Antragstellerin in ihrem Genehmigungsantrag vom 28. Oktober 2011 gegenüber der Regierung von Oberbayern nicht zum Ausdruck gebracht, dass sie anstatt oder zusätzlich zu der beantragten Genehmigung nach § 9 Abs. 1 Nr. 2, § 13 PBefG der Erteilung einer einstweiligen Erlaubnis zustimmt.

53 Es kann auch nicht unterstellt werden, dass in dem Antrag auf Erteilung einer Linienverkehrsgenehmigung ein Antrag auf Erteilung einer einstweiligen Erlaubnis nach § 20 PBefG mit enthalten ist, da sich beide inhaltlich stark voneinander un-

terscheiden. Dies gilt insbesondere für die Geltungsdauer der einstweiligen Erlaubnis, die gemäß § 20 Abs. 3 Satz 1 PBefG nach sechs Monaten erlischt, und ihre freie Widerruflichkeit, die aus § 20 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 PBefG folgt.

- 54 Wie bereits das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, kann in der gerichtlichen Geltendmachung des Begehrens der Antragstellerin durch Stellung eines Antrags nach § 123 VwGO kein verwaltungsverfahrenrechtlich notwendiger Antrag gesehen werden (Eyermann/Happ, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 123 RdNr. 34). In ihrer umfangreichen Beschwerdebeurteilung ist die Antragstellerin auf das tragende Argument des Verwaltungsgerichts, dass dem Antrag nach § 123 VwGO wegen der unterbliebenen Beantragung einer einstweiligen Erlaubnis bei der Genehmigungsbehörde das Rechtsschutzbedürfnis fehle, nicht konkret eingegangen.
- 55 2. Die gegen die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin durch das Verwaltungsgericht gerichteten Beschwerden der Beigeladenen zu 2 und 4 sind dagegen zulässig und begründet.
- 56 2.1 Die nach § 80 a Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, Abs. 3 Satz 2, § 80 Abs. 5 VwGO getroffene Entscheidung des Verwaltungsgerichts ist nicht schon deshalb zu Recht erfolgt, weil die Regelung des § 15 Abs. 2 PBefG eine Anordnung der sofortigen Vollziehung der Linienverkehrsgenehmigung ausschließen würde, das Personenbeförderungsgesetz eine vorläufige genehmigungspflichtige Personenbeförderung nur im Linienverkehr auf der Grundlage einer einstweiligen Erlaubnis nach § 20 PBefG zulasse und diese damit eine die Regelung des § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO verdrängende Sonderregelung darstelle (so sinngemäß Kopp/Schenke, VwGO, 18. Aufl. 2012, § 80 RdNr. 75; dagegen wird diese Auffassung in den vom Verwaltungsgericht als Beleg zitierten Entscheidungen verschiedener Oberverwaltungsgerichte nicht vertreten).
- 57 Der erkennende Senat folgt insoweit der Rechtsprechung des 4. Senats des Verwaltungsgerichtshofs, der im Beschluss vom 16. Dezember 1993 (BayVBl 1994, 407/409) Folgendes ausgeführt hat: "Einstweilige Erlaubnis und endgültige Genehmigung ... regeln verschiedene Sachverhaltsgestaltungen und haben demgemäß unterschiedliche Gestattungsvoraussetzungen. Deswegen können auch beide, wenn sie angefochten werden, für sofort vollziehbar erklärt werden. Die sofortige Vollziehbarkeit der endgültigen Genehmigung ist nicht abhängig davon, ob das Gesetz eine Rechtsgrundlage für die Erteilung einer einstweiligen Erlaubnis gibt". Auch der Kommentar von Heinze (PBefG, 1. Aufl. 2007, § 20 Anm. 2) geht davon aus, dass die sofortige Vollziehung ei-

ner Linienverkehrsgenehmigung angeordnet werden kann, wenn diese Genehmigung wie im vorliegenden Fall angefochten wurde.

- 58 2.2 Das Verwaltungsgericht hat bei seiner im Rahmen des § 80 Abs. 5 VwGO getroffenen Ermessensentscheidung auf die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens abgestellt. Insoweit hat es angenommen, dass der Widerspruch der Antragstellerin voraussichtlich Erfolg haben werde, weil der Bescheid der Regierung von Oberbayern vom 5. September 2011 nach summarischer Prüfung rechtswidrig sei und die Antragstellerin in ihren Rechten verletze. Dem kann aufgrund einer Prüfung der von den Beigeladenen zu 2 und 4 dargelegten Beschwerdegründe (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO) nicht gefolgt werden. Vielmehr sind die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens als offen anzusehen (2.2.1). Die deshalb durchzuführende allgemeine Interessenabwägung ergibt ein Überwiegen des öffentlichen Interesses am sofortigen Vollzug der erteilten Genehmigung vom 5. September 2011 gegenüber dem privaten Interesse der Antragstellerin an der Aussetzung der Vollziehung (2.2.2).
- 59 2.2.1 Die Beigeladenen zu 2 und 4 haben zutreffend darauf hingewiesen, dass sich die gemeinschaftsrechtliche Beurteilung der streitgegenständlichen Genehmigung vom 5. September 2011 nach der am 3. Dezember 2009 in Kraft getretenen Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 ABl. L 315 S.1 - künftig: VO 1370) richtet, mit der die für die vorangegangene Genehmigung vom 12. Februar 2009 noch maßgebliche Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 aufgehoben wurde. Die VO 1370 gilt nach ihrem Art. 1 Abs. 2 u.a. für den Personenverkehr auf der Straße mit Ausnahme von Verkehrsdiensten, die hauptsächlich aus Gründen historischen Interesses oder zu touristischen Zwecken betrieben werden. Außerdem können die Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 3 VO 1370 allgemeine Vorschriften über die finanzielle Abgeltung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen aus dem Anwendungsbereich der Verordnung ausschließen.
- 60 Anders als die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 in ihrem Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 gestattet die VO 1370 keine sogenannten Teilbereichsausnahmen.
- 61 Die VO 1370 trifft nach ihrem Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 und Art. 3 Abs. 1 nur Regelungen für die Gewährung von Ausgleichsleistungen und

Rechten im Gegenzug für die Erfüllung behördlich auferlegter oder vereinbarter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen. Handelt es sich nicht um derartige Verpflichtungen, so findet die VO 1370 und damit ihr Genehmigungsverbot keine Anwendung (Heinze, Wettbewerb um Busgenehmigungen unter der VO (EG) 1370/2007, DVBl 2011, 534, Abschnitt 4 c m.w.N.).

62 Der für die Anwendung der VO 1370 zentrale Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung wird in Art. 2 Buchst. e dahingehend definiert, dass er eine von der zuständigen Behörde festgelegte oder bestimmte Anforderung im Hinblick auf die Sicherstellung von im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen Personenverkehrsdiensten bezeichnet, 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. Da nicht Verkehrsleistungen gemeint sein dürften, die bereits durch die Tarifeinnahmen rentabel wären, sind unter "Gegenleistungen" öffentliche Kostendeckungsbeiträge zu verstehen (Heinze, a.a.O.).

63 Die den Beigeladenen zu 1 und 2 erteilte Genehmigung vom 5. September 2011 erfüllt diese Voraussetzungen, da sie ihnen ein ausschließliches Recht im Sinn des Art. 2 Buchst. f VO 1370 für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Sinn des Art. 2 Buchst. e VO 1370 gewährt. Dasselbe würde aber auch für die Erteilung der von der Antragstellerin beantragten Linienverkehrsgenehmigung für die MVV-Linie 216 an sie gelten. Eine entsprechende Genehmigung würde eine gemeinwirtschaftliche Verpflichtung im Sinn des Art. 2 Buchst. e der VO 1370 betreffen, nicht einen kommerziellen Verkehr, auf den die VO 1370 nicht anwendbar ist. Denn die Antragstellerin würde den streitgegenständlichen Linienverkehr unter Berücksichtigung ihres eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht im gleichen Umfang ohne Gegenleistung in Gestalt von Ausgleichsleistungen übernehmen. Das folgt schon daraus, dass die Antragstellerin nicht in der Lage ist, die Linie 216 allein aufgrund der Fahrgelderlöse sowie der Ausgleichszahlungen nach § 45 a PBefG und § 148 SGB IX zu betreiben. Das hat der Senat in seinem Urteil vom 7. Dezember 2011 (a.a.O.) im Einzelnen dargelegt (RdNr. 64 f.), worauf zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird.

- 64 Die Antragstellerin wäre deshalb für den Betrieb der Linie 216 auf die Gewährung von Betriebskostenzuschüssen durch den Beigeladenen zu 4 angewiesen, die unter den Begriff der Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Sinn des Art. 2 Buchst. g VO 1370 fallen. Darunter ist nach dieser Vorschrift jeder Vorteil, insbesondere finanzieller Art zu verstehen, der mittelbar oder unmittelbar von einer zuständigen Behörde aus öffentlichen Mitteln während des Zeitraums der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung oder in Verbindung mit diesem Zeitraum gewährt wird. Zwar hat die Antragstellerin in ihrem Antrag vom 28. Oktober 2011 auf Erteilung einer Linienverkehrsgenehmigung die Frage verneint, ob sie für diesen Verkehr Zuschüsse Dritter erhalte, was im Antragsformblatt als kommerzieller Verkehr bezeichnet wird. Diese Antwort kann angesichts der Vermögenssituation der Antragstellerin aber nur so verstanden werden, dass sie damit die Tatsache angeben wollte, dass sie vom Beigeladenen zu 4 für diesen Verkehr keine Zuschüsse mehr erhält. Die Antwort kann dagegen nicht als Absichtserklärung aufgefasst werden, den fraglichen Verkehr künftig ohne Betriebskostenzuschüsse durchführen zu wollen oder gar als Bekundung, dass sie keinen Anspruch auf Betriebskostenzuschüsse habe.
- 65 Konsequenterweise hat die Antragstellerin bisher die Anfragen der Regierung von Oberbayern vom 5. Juli 2012 und 1. August 2012 nicht beantwortet, ob sie mit ihrem Antrag einen kommerziell betriebenen Verkehr auf eigenes Risiko ohne Kostenzuschüsse des Aufgabenträgers beabsichtige.
- 66 Auch aus der wiederholten Erklärung der Antragstellerin, einen eigenwirtschaftlichen Verkehr durchführen zu wollen, folgt nichts Gegenteiliges. Denn die Zuschussbedürftigkeit eines Linienverkehrs steht nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Beschluss vom 6.4.2000 NVwZ 2001, 320/321) seiner Zuordnung zu den eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen im Sinn von § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG nicht entgegen. Danach stellen auch vertragliche oder durch Bewilligungsbescheid gewährte Zuschüsse zu defizitären Verkehrsleistungen Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinn nach § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG dar (BVerwG, a.a.O.).

- 67 Die Regierung von Oberbayern wird deshalb im Widerspruchsverfahren eine Auswahlentscheidung zwischen den um eine Genehmigung für die Linie 216 konkurrierenden Unternehmen der Antragstellerin einerseits und der eine Bietergemeinschaft bildenden Beigeladenen zu 1 und 2 andererseits zu treffen haben. Der Ausgang dieses Auswahlverfahrens ist nach dem gegenwärtigen Kenntnisstand des Senats offen, da noch ermittelt werden muss, welches der beiden Angebote im Zeitpunkt der Entscheidung den öffentlichen Verkehrsinteressen (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG) besser entspricht.
- 68 Der Antragstellerin kann insoweit nicht entgegengehalten werden, dass sie sich am Ausschreibungsverfahren für den am 11. Dezember 2011 beginnenden neuen Genehmigungszeitraum nicht beteiligt hat. Sie ging offenbar von der Vorstellung aus, dass sie sich wegen der von ihr beabsichtigten eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistung im Unterschied zu den Anbietern gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen nach § 13 a PBefG nicht an einer Ausschreibung beteiligen müsse. Dabei hat die Antragstellerin übersehen, dass auch eigenwirtschaftliche Verkehre im Sinn der bisherigen Rechtsprechung, die zur Erbringung der beabsichtigten Verkehrsleistung finanzielle Ausgleichsleistungen der öffentlichen Hand benötigen, der VO 1370 unterliegen. Seit deren Inkrafttreten soll die Regelung des § 13 a PBefG nicht mehr angewendet werden (so die Bekanntmachung des Bayerische Staatsministeriums für Wirtschaft, Infrastruktur und Technologie vom 14.8.2009 Az. VII/2-7410/160/1), sondern sowohl Anträge für kommerzielle Verkehre als auch für Verkehre, die im Rahmen öffentlicher Dienstleistungsaufträge vergeben werden, nach § 13 PBefG beurteilt werden. Der Genehmigungsantrag der Antragstellerin ist vom Antragsgegner zu berücksichtigen, obwohl er erst gestellt wurde, nachdem der Aufgabenträger die Initiative für die Ausschreibung der Linie 216 als gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistung ergriffen hat. Für eine Nichtberücksichtigung bei der Genehmigungsentscheidung hätte die Genehmigungsbehörde die Antragstellerin unter Fristsetzung darauf hinweisen müssen, dass sie bei Nichtteilnahme an der Ausschreibung Gefahr läuft, im Genehmigungsverfahren nicht berücksichtigt zu werden (vgl. auch Urteil des HessVGH vom 18.11.2008 Az. 2 UE 1476/07, DVBl 2009, 196). Insoweit ist zu beachten, dass der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt derjenige der letzten Behördenentscheidung, hier des noch ausstehenden Widerspruchsbescheids, ist.

- 69 Dagegen kann sich die Antragstellerin im Auswahlverfahren nicht auf die Eigenschaft als Altunternehmerin nach § 13 Abs. 3 PBefG berufen. Gemäß dieser Vorschrift ist der Umstand, dass ein Verkehr von einem Unternehmer jahrelang in einer dem öffentlichen Verkehrsinteresse entsprechenden Weise betrieben worden ist, im öffentlichen Personennahverkehr unter der Voraussetzung des § 8 Abs. 3 PBefG angemessen zu berücksichtigen; das gilt auch im Falle des Abs. 2 Nr. 2. Für die Anwendung des Altunternehmerschutzes kommt es aber nicht darauf an, wer Inhaber der Linienverkehrsgenehmigung ist, sondern wer die Verkehrsleistung tatsächlich erbringt (BVerwG vom 19.10.2006 BVerwGE 127, 42). Das waren hier die Beigeladenen zu 1 und 2, die den Verkehr auf der Linie 216 seit dem 23. März 2009 bis heute ordnungsgemäß erbracht haben.
- 70 2.2.2 Die wegen der offenen Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens durchzuführende Interessenabwägung ergibt, dass das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung der den Beigeladenen zu 1 und 2 erteilten Genehmigung vom 5. September 2011 das private Interesse der Antragstellerin überwiegt. Maßgebend hierfür ist vor allem, dass die Beigeladenen zu 1 und 2 den Busverkehr auf der Linie 216 seit dem 23. März 2009 ordnungsgemäß betreiben, während die Antragstellerin nicht vorgetragen hat, dass sie in der Lage wäre, diesen Verkehr anstelle der Beigeladenen zu 1 und 2 kurzfristig zu übernehmen. Vielmehr ist sie dem Vorbringen des Antragsgegners sowie der Beigeladenen zu 2 und 4 nicht entgegengetreten, dass sie zu einer ausreichenden Verkehrsbedienung zumindest aktuell nicht in der Lage sei. An dieser Fähigkeit bestehen auch deshalb erhebliche Zweifel, weil nicht angenommen werden kann, dass die Antragstellerin die für die Bedienung dieser Linie erforderliche Zahl von Omnibussen und Fahrern vorgehalten hat, obwohl sie seit über drei Jahren keine entsprechende Linienverkehrsgenehmigung bzw. keine einstweilige Erlaubnis mehr besitzt. An der Aufrechterhaltung des Betriebs der Linie 216 besteht jedoch ein erhebliches öffentliches Verkehrsinteresse (vgl. auch Art. 8 Abs. 1 des Gesetzes über den öffentlichen Nahverkehr in Bayern). Den Beschwerden der Beigeladenen zu 2 und 4 gegen den die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin aussprechenden Teil des Beschlusses vom 19. Juni 2012 ist deshalb zu entsprechen.



- 71 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 und 2, § 162 Abs. 3 VwGO.
- 72 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 1 und 2, § 52 Abs. 1 und 2 GKG i.V.m. den Empfehlungen in den Abschnitten 1.5 Satz 1, 47.6 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (NVwZ 2004, 1327) sowie der einschlägigen Rechtsprechung des Senats. Danach ist für einen Rechtsstreit um eine einstweilige Erlaubnis nach § 20 PBefG zunächst ein Sechzehntel des für einen Rechtsstreit um einen Linienverkehr mit Omnibussen in Abschnitt 47.6 des Streitwertkatalogs empfohlenen Streitwerts von 20.000 € anzusetzen, also 1.250 €, der für ein Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gemäß Abschnitt 1.5 Satz 1 des Streitwertkatalogs zu halbieren ist (vgl. Beschluss des Senats vom 11.7.2007 Az. 11 CE 07.172). Für das Verfahren auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs nach § 80 Abs. 5 VwGO gegen die sofortige Vollziehung der Linienverkehrsgenehmigung verbleibt es dagegen bei einer Halbierung (Abschnitt 1.5 Satz 1 des Streitwertkatalogs) des in Abschnitt 47.6 des Streitwertkatalogs empfohlenen Streitwerts von 20.000 €, d.h. bei einem Streitwert von 10.000 € (vgl. Beschluss des Senats vom 22.12.2009 Az. 11 CS 09.2081).
- 73 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

Grau

Koehl

Dr. Köhler-Rott