

Aktuelle Rechtsprobleme der ÖPNV-Finanzierung

M. Lehr^{a,1}

^a Juristische Fakultät der Technischen Universität Dresden
Postanschrift: TU Dresden, 01062 Dresden

Kurzfassung: Die Finanzierung des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) befindet sich derzeit im Umbruch. Der Europäische Gerichtshof entscheidet im Sommer 2003, ob die staatlichen Zuschüsse zum Defizitenausgleich im ÖPNV mit dem europäischen Recht vereinbar sind. Auch wenn der Inhalt dieser Entscheidung nicht vorhergesagt werden kann, erfordert spätestens die geplante Novellierung des europäischen Verordnungsrechts eine Änderung der deutschen Finanzierungspraxis.

In dem anhängigen Gerichtsverfahren geht es vor allem um die Fragen, inwiefern die Kommission über die Gewährung der staatlichen Zuschüsse entscheiden muss und ob der Staat künftig nur noch Verkehrsleistungen finanzieren darf, die in einem Ausschreibungsverfahren vergeben wurden. Bei der neuen europäischen Verordnung steht im Mittelpunkt, in welchem Umfang Wettbewerb im Nahverkehr eingeführt werden muss.

Schlagworte: „Altmark-Streit“; „Magdeburger Urteil“; Beihilfenrecht; EWG-Verordnung Nummer 1191/69; eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen; gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen; staatliche Verlustdeckung

¹ Der Autor ist Mitarbeiter und Promovend am Institut für Wirtschaftsrecht (Lehrstuhl für Öffentliches Recht unter besonderer Berücksichtigung von Verwaltungsrecht, Prof. Dr. Jochen Rozek) der Juristischen Fakultät der TU Dresden.

E-Mail: lehr@jura.tu-dresden.de, Marc.Lehr@gmx.com

1 EINFÜHRUNG

1.1 DIE FINANZIERUNG DES ÖPNV

Der öffentliche Personennahverkehr wird in Deutschland seit vielen Jahren zum großen Teil aus staatlichen Zuschüssen finanziert. Der Staat unterstützt die Verkehrsdienstleister mit ca. 16 Mrd. EUR jährlich [12]. Die Unternehmen sind auf die Zuwendungen des Staates angewiesen, da die Fahrgeldeinnahmen nur ca. 40 % der entstandenen Kosten decken [11, 22].

Die staatliche Finanzierung des ÖPNV erfolgt dabei in verschiedenen Formen: Der Staat bezuschusst nicht nur die Verbesserung der *Infrastruktur* - beispielsweise durch Finanzhilfen für Haltestelleneinrichtungen und Betriebshöfe oder auch zur Erneuerung der Fuhrparks -, sondern er subventioniert auch die Verkehrsdienstleistungen, die Auszubildende kostengünstig und Schwerbehinderte unentgeltlich in Anspruch nehmen dürfen. Reichen diese Zuwendungen zur Deckung der Kosten nicht aus, trägt der Staat darüber hinaus zum *Ausgleich der restlichen Defizite* bei, indem er Betriebskostenzuschüsse gewährt oder in staatlichen Unternehmen Erträge aus dem Wasser- bzw. Energieversorgungssektor zur Nahverkehrsfinanzierung einsetzt (*sog. Querverbund bzw. Quersubventionierung*).

1.2 DIE AKTUELLEN ENTWICKLUNGEN IN DER RECHTSPRECHUNG UND IN DER VERORDNUNGSGEBUNG AUF EUROPÄISCHER EBENE

Ob diese deutsche Finanzierungspraxis, die im ÖPNV zur Anwendung gelangt, mit dem europäischen Recht vereinbar ist, wird im juristischen Schrifttum kontrovers beurteilt. Zur endgültigen Klärung dieser Frage wird entscheidend der Europäische Gerichtshof (EuGH) beitragen. Das Gericht muss derzeit prüfen², inwieweit die Zuschüsse der kommunalen Träger zum *Defizitausgleich* im Einklang mit dem europäischen *Beihilfenrecht* - d.h. mit dem Subventionsrecht des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) - stehen.

Außer durch die Entscheidung des EuGH über die Finanzierung droht das deutsche Nahverkehrsrecht noch durch eine andere Entwicklung ins Wanken zu geraten: Die gesetzgebenden Organe der Europäischen Gemeinschaften befassen sich derzeit mit der *Umgestaltung der einschlägigen Verordnung* für das Personenverkehrsrecht. Nach den Vorschlägen der Kommission (ABl. EG 2000 C 365E, S. 169 und ABl. EG 2002 C 151E, S. 146) sollen in Zukunft grundsätzlich alle Aufträge über Verkehrsdienstleistungen öffentlich ausgeschrieben werden („*Wettbewerb um den Markt*“). Von der Liberalisierung erhofft man sich neben einer Verbesserung der Qualität der Versorgung vor allem die Begrenzung der staatlichen Ausgaben. Von der neuen Verordnung sind deshalb tief greifende Auswirkungen auf die ÖPNV-Finanzierung zu erwarten: „Jeglicher finanzieller Ausgleich“ des Staates darf nach Art. 5 des Kommissionsvorschlages nur noch geleistet werden, wenn ein Vergabeverfahren durchgeführt worden ist. Damit würde auf jeden Fall die Möglichkeit der bislang praktizierten staatlichen Verlustdeckung entfallen.

Solche ausschreibungsbedingten Ausgleichsleistungen sind bereits nach geltendem Recht möglich: Nach Art. 1 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 14 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates (ABl. EG 1969 L 156, S. 1) in der Fassung der Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 des Rates (ABl. EG 1991 L 169, S. 1; *im Folgenden: VO 1191/69*) können die innerstaatlichen

² Die Entscheidung wird im Sommer 2003 erwartet. Sie konnte diesem Beitrag aus zeitlichen Gründen leider noch nicht zu Grunde gelegt werden.

Behörden Verträge schließen, in denen sich das Verkehrsunternehmen verpflichtet, einen bestimmten Verkehrsdienst zu erbringen. Im Gegenzug muss der Staat einen „Preis für die vertraglich festgelegten Dienstleistungen“ zahlen. Auf die VO 1191/69 wird in § 4 des Gesetzes zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs (RegG) allgemein für den ÖPNV und in den §§ 8 Abs. 4 Satz 3, 13a Abs. 1 Satz 1 des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG), 15 Abs. 1 Satz 1 des Allgemeines Eisenbahngesetzes speziell für den straßen- und schienengebundenen Verkehr verwiesen. Einem solchen Vertragsschluss nach der VO 1191/69 hat in der Regel ein Vergabeverfahren nach VOL/A vorauszugehen (§ 1 Abs. 2 der Verordnung zur Anwendung von § 13a Abs. 1 Satz 3 des PBefG; Vorschriften siehe Anhang). Ein ähnliches Verfahren würde nach den Vorschlägen der Kommission in Zukunft zum Regelfall für die Betrauung eines Unternehmens mit einer Verkehrsdienstleistung, die nicht kostendeckend durchgeführt werden kann (Art. 5 des Kommissionsvorschlages).

2 ANLASS DER GERICHTLICHEN KLÄRUNG: DER ALTMARK-STREIT

2.1 DER SACHVERHALT

Das oben erwähnte Verfahren vor dem EuGH wurde durch eine Vorlage des Bundesverwaltungsgerichts [9] eingeleitet. Als Revisionsinstanz hatte es über die Rechtmäßigkeit der Erteilung von achtzehn Linienverkehrsgenehmigungen im Landkreis Stendal durch das Regierungspräsidium Magdeburg an die Altmark Trans GmbH (Altmark Trans) zu entscheiden. Neben der Altmark Trans hatte auch die Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (NVG) diese Genehmigungen beantragt. Nachdem die Anträge der NVG abgelehnt wurden, klagte sie gegen die behördliche Entscheidung [10]. Die NVG machte u. a. geltend, dass die Altmark Trans für die beantragte Personenbeförderung auf den achtzehn Linien *nicht finanziell leistungsfähig* sei und sie deshalb die Genehmigungen nicht erhalten dürfe. Das Regierungspräsidium Magdeburg habe übersehen, dass die Altmark Trans auf öffentliche Zuschüsse angewiesen sei, auf die sie keinen Rechtsanspruch habe. Ohne die staatlichen Zuwendungen sei die Altmark Trans alsbald insolvent. Im vorliegenden Fall sind allerdings beide Unternehmen darauf angewiesen, dass sich der Landkreis Stendal mit Zuschüssen (75 Pfennige für jeden zurückgelegten Kilometer, siehe [6]) an ihren Verlusten beteiligt.

2.2 DIE LAGE NACH DEUTSCHEM RECHT

Obwohl damit die öffentlichen Zuschüsse bereits angesprochen waren, befassten sich die deutschen Gerichte mit der Finanzierungsproblematik vorrangig in einem anderen Zusammenhang: Im PBefG gibt es *zwei verschiedene Vorschriften* für die Erteilung der Genehmigungen - § 13 und § 13a PBefG -, die teilweise abweichende Genehmigungsvoraussetzungen aufstellen [18, 22, 24]. Der Genehmigungstatbestand des § 13 PBefG schreibt der Genehmigungsbehörde eine Auswahl zwischen den Antragstellern vor, die in erster Linie nach den öffentlichen Verkehrsinteressen zu erfolgen hat (Abs. 2), wobei „angemessen zu berücksichtigen“ ist, wenn einer der Bewerber den beantragten Verkehr jahrelang aufgrund einer mittlerweile abgelaufenen Genehmigung betrieben hat (Abs. 3). Diese sog. *Besitzstandsklausel* räumt den Altunternehmern bei der Genehmigung einen gewissen Vorrang ein.

Im Falle des § 13a PBefG, der erst 1993 in das PBefG aufgenommen wurde, trifft die eigentliche Auswahlentscheidung nicht die Genehmigungsbehörde, sondern der Aufgabenträger, d.h. in der Regel der Landkreis oder die kreisfreie Stadt. Wenn der kommunale Träger in Anwendung der VO 1191/69 ein Vergabeverfahren durchführt, wählt er einen Anbieter aus, der freilich noch das Genehmigungsverfahren durchlaufen muss. Die Genehmigungsbehörde prüft jedoch dann nur noch, ob der Aufgabenträger die Lösung mit den geringsten Kosten gewählt und keinen der Anbieter bei der Ausschreibung benachteiligt hat (§ 13 Abs. 2 PBefG). Einen Besitzstandsschutz gibt es nicht [11]. Die Gerichte mussten demnach im Altmark-Streit in einem ersten Schritt klären, welcher Genehmigungstatbestand anzuwenden war, um damit zu bestimmen, welche Genehmigungsvoraussetzungen der Antragsteller erfüllen musste. Erst dann konnte auf der nächsten Stufe beurteilt werden, ob das Regierungspräsidium Magdeburg als Genehmigungsbehörde eine rechtmäßige Entscheidung getroffen hatte.

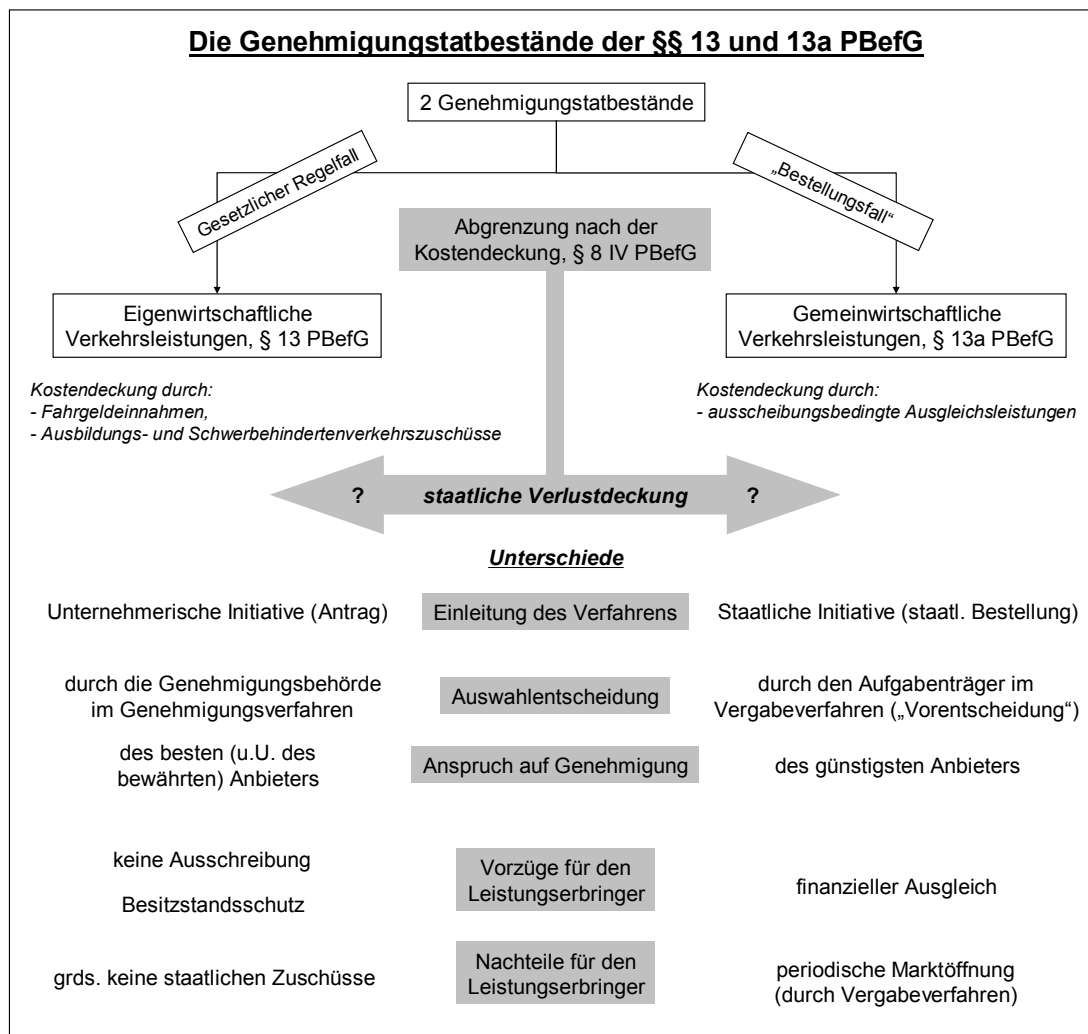


Abbildung 1: Überblick über die Genehmigungstatbestände

Die Anwendungsbereiche der beiden Genehmigungstatbestände richten sich nach der Finanzierung der zu genehmigenden Linien. § 13 PBefG gilt für *eigenwirtschaftliche* Verkehrsleistungen. Liegt keine Eigenwirtschaftlichkeit vor, handelt es sich um *gemeinwirtschaftliche* Verkehrsleistungen, die nach § 13a PBefG zu genehmigen sind. Die Eigenwirtschaftlichkeit wird in § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG definiert:

Eigenwirtschaftlich sind Verkehrsleistungen, deren Aufwand gedeckt wird durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne.

Daraus folgt zunächst, dass Verkehre, die sich allein aus dem Fahrgeld und aus den Zuschüssen auf Grundlage der gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen für den Ausbildungs- und Schwerbehindertenverkehr (§ 45a PBefG und §§ 145 Abs. 3, 148 bis 150 des Sozialgesetzbuches IX) finanzieren, als eigenwirtschaftlich gelten [16]. Die Behandlung der *staatlichen Verlustübernahmen* ergibt sich aus dem Normtext jedoch nicht ohne weiteres. Es stellt sich nämlich die Frage, *ob sie sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne darstellen*. Ist diese Frage zu bejahen, dann handelt es sich immer noch um eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen und § 13 PBefG gelangt zur Anwendung. Andernfalls greift § 13a PBefG ein, wonach grundsätzlich nur ausgeschriebene Verkehrsleistungen genehmigt werden können.

2.3 DER EUROPARECHTLICHE KLÄRUNGSBEDARF

Im Zusammenhang mit der gerichtlichen Prüfung der Eigenwirtschaftlichkeit ergab sich der folgende europarechtliche Klärungsbedarf: *Ist die Verlustdeckung im ÖPNV durch die öffentliche Hand mit dem europäischen Recht vereinbar?*

Wenn die staatlichen *Zuschüsse zur Deckung der Fehlbeträge* gegen das europäische Recht verstoßen würden, müssten sie künftig unterbleiben. Das deutsche Recht dürfte dann diese verbotenen Subventionen nicht als sonstige Unternehmenserträge berücksichtigen, welche die Eigenwirtschaftlichkeit einer Verkehrsleistung herstellen. Daraus würde folgen, dass es sich um gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen handelte, wenn sich der Staat am Ausgleich der Defizite beteiligen muss. Diese Form der staatlichen Finanzierung ist dann an die VO 1191/69 gebunden, d.h. sie bedarf grundsätzlich einer Ausschreibung.

Demgegenüber richtet sich die *finanzielle Leistungsfähigkeit* des Verkehrsunternehmens nach der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ausschließlich nach der Vermögenssituation des Unternehmens zur Zeit der Antragstellung (§ 2 der Berufszugangsverordnung PBefG). Der Subventionsbedarf, der erst durch den zu genehmigenden Verkehr entsteht, lässt die Leistungsfähigkeit unberührt [8]. Deshalb spielt auch die europarechtliche Zulässigkeit der Zuschüsse für die Leistungsfähigkeit keine Rolle [15]. Der Einwand der NVG im Altmark-Streit ginge insoweit fehl.

3 DIE VEREINBARKEIT DER STAATLICHEN VERLUSTDECKUNG MIT DEM EUROPARECHT - INSBESONDERE MIT DEM BEIHILFENRECHT

3.1 DIE VORLAGEFRAGEN DES BUNDESVERWALTUNGSGERICHTS

Da für die verbindliche Auslegung des EGV - und damit auch des Beihilfenrechts - der EuGH zuständig ist, legte das BVerwG dem EuGH die Fragen vor, ob die Zuschüsse zum Defizitausgleich *mit dem Beihilfenrecht vereinbar sind* und ob die Mitgliedsstaaten dazu befugt sind, *außerhalb der VO 1191/69 öffentliche Zuschüsse* zu leisten. Das Oberverwaltungsgericht Magdeburg war in seiner Berufungsentscheidung davon ausgegangen, dass es sich bei der Verlustdeckung um europarechtlich verbotene Beihilfen handele, ohne die Beihilfeneigenschaft näher zu problematisieren.

3.2 DAS BEIHILFENRECHT

Die Zentralnorm des Beihilfenrechts ist Art. 87 Abs. 1 des EGV. Ihr Normtext lautet:

Soweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Ordnet man ein Handeln des Staates als Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV ein, führt dies zu folgenden Konsequenzen: Die staatlichen Maßnahmen sind grundsätzlich mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und damit *verboten*. Dieses Verbot gilt jedoch nicht absolut, sondern es existieren verschiedene andere Vorschriften im EGV, die Beihilfen für „mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar“ erklären und damit vom allgemeinen Verbot ausnehmen bzw. den Verstoß rechtfertigen. Über die materielle Zulässigkeit der Subvention entscheidet somit das Europarecht durch den EGV und das ihn konkretisierende Sekundärrecht, d.h. die Richtlinien und Verordnungen der EG.

Im Hinblick auf das Verwaltungsverfahren muss die Kommission gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV von jeder Einführung einer Beihilfe durch die Mitgliedstaaten unterrichtet werden - sog. *Notifizierungsverfahren*. Die Maßnahme darf erst dann durchgeführt werden (sog. Anmelde- und Stillhalteverpflichtung), wenn die Kommission das Vorliegen einer Ausnahme feststellt oder die Beihilfe für „mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar“ erklärt. Die Einordnung als Beihilfe führt demnach zu einem Letztentscheidungsrecht der Kommission über die Zuwendung.

Geht man also vom Beihilfencharakter der staatlichen Verlustübernahme im ÖPNV aus, folgt daraus zweierlei: Erstens benötigt man eine europäische Norm, auf die sich die Zuwendungen stützen lassen. Zweitens müssen die Zuschüsse bei der Kommission angemeldet werden. Nur wenn beide Voraussetzungen erfüllt sind, sind die europarechtlichen Vorgaben gewahrt.

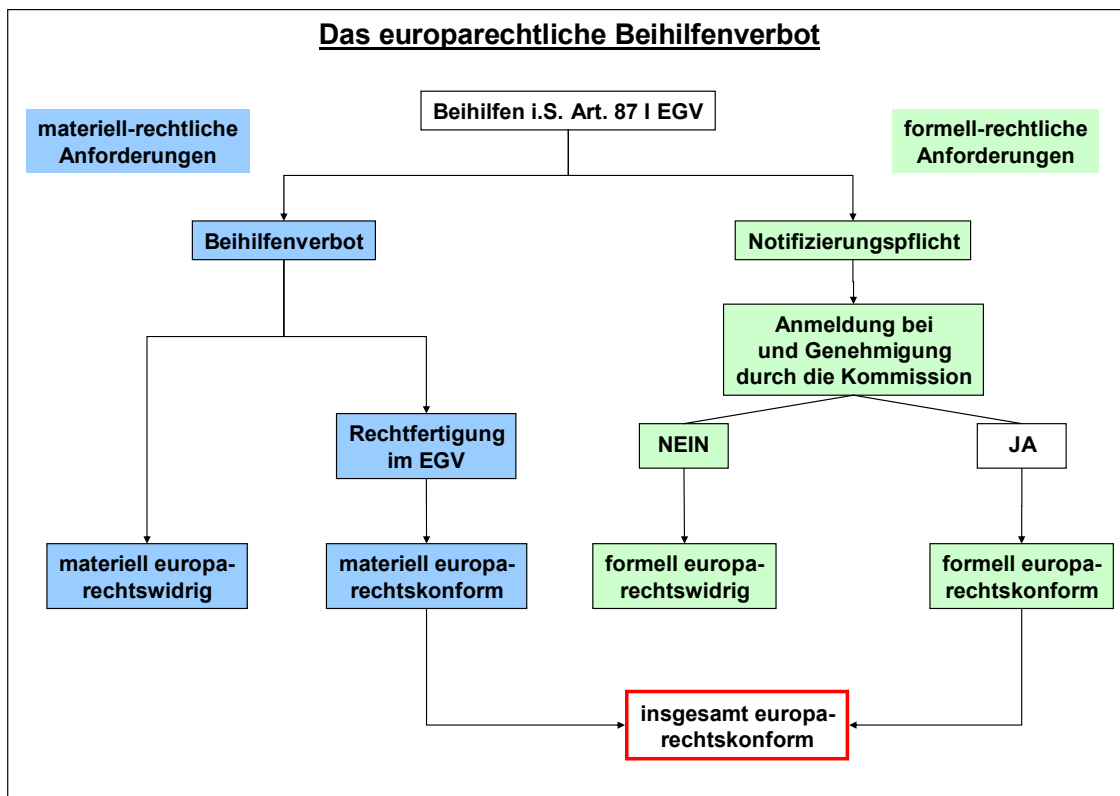


Abbildung 2: Überblick über das Beihilfenverbot

3.3 PROBLEMLÖSUNG

Zur Lösung des europarechtlichen Problems werden *drei verschiedene Auffassungen* (siehe unter 3.3.1 bis 3.3.3) vertreten, die - wie häufig bei juristischen Problemen - zwei Extrempositionen und eine vermittelnde Meinung beinhalten.

Vergegenwärtigt man sich die *Interessen der Beteiligten*, so ergibt sich das folgende Bild: Die *Kommission* tritt - als Hüterin des Wettbewerbs im Binnenmarkt - dafür ein, die Zuwendungen als Beihilfen einzustufen. Dadurch sichert sie ihre Kompetenz zur Beihilfenkontrolle, mit deren Hilfe sie ihre Liberalisierungspolitik auch im ÖPNV forcieren will. Ferner gewinnen dadurch die europäischen Verordnungen, die im Gesetzgebungsverfahren aus den Vorschlägen der Kommission entstehen, als Ausnahmenvorschriften für das Beihilfenverbot eine besondere Bedeutung.

Die *Genehmigungsbehörden und die Aufgabenträger* in Deutschland sind am Fortbestand der bisherigen Finanzierungspraxis interessiert. Sie plädieren gegen die Behandlung der Zuschüsse als Beihilfen, da sie um ihre Gestaltungsfreiheit und ihre Gestaltungsspielräume zur Ausgestaltung des ÖPNV fürchten, wenn die Kommission jede Zuwendung genehmigen müsse. Der Zwang zur Beachtung der VO 1191/69 würde dazu führen, dass auf die Verwaltungen neue Kosten für die Durchführung der Ausschreibungsverfahren zukommen. Allerdings sehen einige Aufgabenträger die Möglichkeit, durch die periodische Vergabe der Verkehrsleistungen im Wettbewerb langfristig ihre Ausgaben für den ÖPNV zu senken.

Die *Verkehrsunternehmen*, die Verkehrsleistungen erbringen, wenden sich gegen das Eingreifen des Beihilfenrechts, um den Fortbestand ihrer herkömmlichen Einnahmequellen zu sichern. Ferner sehen einige Unternehmen im Ausschreibungswettbewerb eine Bedrohung für ihre Marktposition. Bei Unternehmen, die erst in den Nahverkehrsmarkt streben, werden hingegen die Vergabemöglichkeiten als Marktzugangschancen betrachtet.

Der *EuGH* muss nun die gestellten Fragen nach der europäischen Rechtslage beantworten und dadurch die Interessen der Beteiligten zu einem Ausgleich bringen. Insofern hat er in den letzten Jahren einer Ausuferung der Kontrollkompetenzen der Kommission an einigen Stellen entgegengewirkt [14].

3.3.1 Der Ausgleichsansatz der Verfahrensbeteiligten

Die Altmark Trans und das Regierungspräsidium Magdeburg machen im Verfahren vor dem EuGH geltend, dass es sich bei der staatlichen Verlustdeckung nicht um Beihilfen handele.

Nach allgemeiner Auffassung muss eine Beihilfe dazu führen, dass ihrem Empfänger ein *einseitiger* Vorteil verschafft wird [20]. Durch dieses Kriterium sollen *gegenseitige* Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Unternehmen von der Geltung des Beihilfenrechts ausgenommen werden, in denen der Empfänger der staatlichen Geldleistung eine (marktübliche) Gegenleistung erbringen muss. Zur Gegenleistung existiert ein Urteil des EuGH aus dem Jahre 2001 (Ferring/ACOSS) [3]. Der Gerichtshof befasste sich damals mit einer Abgabe, die in Frankreich auf den Verkauf von Arzneimitteln erhoben wurde. Von dieser Abgabe blieben Arzneimittelgroßhändler, die zur Bevorratung von Arzneimitteln aus Gründen der Sicherung der Versorgung gesetzlich verpflichtet waren, verschont. Durch diese *steuerliche Vergünstigung* sollten die erhöhten Bevorratungskosten der Großhändler ausgeglichen werden. Das Gericht entschied, dass in der Bevorzugung der Pharmagroßhändler keine staatliche Beihilfe liegt, soweit die Vorteile nicht die zusätzlichen Kosten übersteigen, die aufgrund der Erfüllung der auferlegten Pflichten entstehen (sog. *Ausgleichsansatz*). Den verliehenen Vorteilen stünde nämlich eine Gegenleistung gegenüber, sodass keine *einseitigen* Vorteile gewährt würden und deshalb Art. 87 Abs. 1 EGV nicht erfüllt sei.

Die oben genannten Verfahrensbeteiligten berufen sich auf dieses Urteil: Sie wären als Inhaber einer Genehmigung nach dem PBefG u. a. durch die Betriebspflicht (§ 21 PBefG) gesetzlich verpflichtet, den Verkehr zu erbringen. Falls die dadurch entstandenen Kosten nicht durch die Einnahmen abgedeckt werden, müsse es dem Staat möglich sein, sich an den Fehlbeträgen zu beteiligen. Ihnen würden einerseits keine „echten“ Vorteile verliehen, da sich der Staat nur an den tatsächlich entstandenen Kosten beteilige und damit - rein netto betrachtet - das Vermögen des Unternehmens nicht vermehre. Andererseits dienten die Zuschüsse nur dem Ausgleich ihrer Verpflichtungen, sodass wie in der Sache Ferring/ACOSS zu entscheiden sei.

3.3.2 Die Schlussanträge des Generalanwalts Léger (Beihilfeansatz)

Nach der mündlichen Verhandlung vor dem EuGH folgten die Schlussanträge des Generalanwalts Philippe Léger [6]. Die Schlussanträge der Generalanwälte ähneln einem Rechtsgutachten und enthalten am Ende einen Entscheidungsvorschlag für die Richter des EuGH. Léger empfiehlt dem EuGH, die staatlichen Zuschüsse zur Verlustdeckung im ÖPNV als Beihilfen i.S. des Art. 87 Abs. 1 EGV zu behandeln. Aus diesem Grunde seien eine Grundlage im Europarecht und eine Notifizierung erforderlich. Außerhalb des europäischen Verordnungsrechts sei keine Subventionierung statthaft. Die Begründung erfolgt sehr subtil und stützt sich vor allem auf die Regelungssystematik des EGV.

3.3.2.1 Beihilfe oder Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Pflichten?

Ausführlich prüft der Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen, ob die Defizitübernahme im ÖPNV die Voraussetzungen einer staatlicher Beihilfe erfüllt. Dabei geht er sowohl auf die Rechtsprechung des EuGH als auch auf die Argumente der Verfahrensbeteiligten ein.

Der Generalanwalt wendet sich gegen die Vorgehensweise der Verfahrensbeteiligten und des Urteils Ferring/ACOSS, welche die staatliche Geldleistung und die Verpflichtungen des Begünstigten bereits bei der Prüfung des Vorteils gemeinsam betrachtet. Er tritt für eine *getrennte Behandlung* der verliehenen finanziellen Vorteile und der auferlegten Pflichten ein. Nach den Pflichten des Zuwendungsempfängers könne sich nicht schon das Bestehen eines Vorteils richten, sondern lediglich, ob die Beihilfe - auf der nächsten Prüfungsebene - gerechtfertigt sei. Andernfalls würden die Ausnahmekataloge des EGV, die vorschreiben, in welchen Fällen eine Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, bedeutungslos. Dies treffe beispielsweise auf Art. 73 EGV zu, der da lautet:

Mit diesem Vertrag vereinbar sind Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen.

In dieser Vorschrift gehe der EGV davon aus, dass es sich bei Maßnahmen, die der Abgeltung der Kosten dienen, die auf Grund von Verkehrsleistungspflichten entstehen, um Beihilfen handele, die allerdings nach Art. 73 EGV mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sein könnten. Folgte man dem Ausgleichsansatz, läge gar keine Beihilfe vor, sodass es keiner Rechtfertigung bedürfe und damit Art. 73 EGV überflüssig wäre.

3.3.2.2 Das Kontrollargument zu Gunsten der Kommission

Für die Einordnung der staatlichen Verlustdeckung als Beihilfe spreche ferner das Bedürfnis an einer Kontrolle der Zuwendungen durch die Kommission. Die Fortschreibung des Ausgleichsansatzes würde jedoch dazu führen, dass eine Vielzahl von staatlichen Zuwendungen nicht mehr als Beihilfe gelten würde und deshalb keiner Genehmigung durch die Kommission bedürfe. Eine *Überprüfungsinstanz auf europäischer Ebene* sei aber notwendig, um Wettbewerbsverstößen wirksam vorzubeugen.

Im Verfahren wurde aber vorgetragen, dass die Pflicht zur Anmeldung und das Abwarten einer Genehmigung die Verkehrserbringung im ÖPNV zum Erliegen bringen könne. Diesem Vorbringen begegnet Léger sehr formal damit, dass die Kommission nach der Verfahrensverordnung innerhalb von zwei Monaten entscheiden müsse. Eine Ausnahme von der Notifizierungspflicht bestünde nach Art. 86 Abs. 2 des EGV jedenfalls nicht.

3.3.2.3 Die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Noch auf eine weitere Voraussetzung des Beihilfenverbots war aufgrund der Vorlagefragen des BVerwG einzugehen: *Beeinträchtigen die Zuschüsse zum Defizitausgleich den Handel zwischen Mitgliedstaaten?* Das BVerwG gab insbesondere zu bedenken, dass dem öffentlichen Personennahverkehr nur eine *regionale Bedeutung* zukomme und vielleicht die konkrete Lage und Bedeutung des Nahverkehrsgebietes ausschlaggebend sein könnte.

Nach der gebräuchlichen Definition des EuGH wird der innergemeinschaftliche Handel jedoch bereits dann beeinträchtigt, wenn durch die Finanzhilfe die innergemeinschaftliche Marktstellung des Unternehmens gegenüber seinen Wettbewerbern gestärkt wird [1]. Das geförderte Unternehmen muss sich nicht grenzüberschreitend betätigen [2]. Es reicht aus,

wenn der Wettbewerb voraussehbar ist [4] und wenn sich durch die Zuwendungen die *Marktzugangschancen der Wettbewerber verschlechtern*. Da die Märkte im ÖPNV in vielen Mitgliedsstaaten wenigstens teilweise geöffnet seien und Verkehrsanbieter Dienstleistungen in anderen EG-Mitgliedstaaten als ihrem Heimatland anbieten, gelangt Léger zur Erkenntnis, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten durch die Verlustdeckungsleistungen beeinträchtigt werde.

Aus diesen Gründen kommt der Generalanwalt schließlich zum Ergebnis, dass die staatliche Übernahme der Fehlbeträge im ÖPNV eine im Grundsatz verbotene Beihilfe darstellt, die demnach sowohl einer materiellen Grundlage im Europarecht als auch der Anmeldung bei der Kommission bedürfe.

3.3.2.4 Europarechtliche Grundlage und Notifizierung

Zur Rechtfertigung der Beihilfe wird in den Schlussanträgen Art. 73 des EGV herangezogen, der im ÖPNV abschließend durch zwei Verordnungen konkretisiert wird. Die Abgeltung der auferlegten Verkehrspflichten richtet sich damit nach der VO 1191/69 und der Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 des Rates vom 4. Juni 1970 (ABl. EG 1970 L 130, S. 1; *im Folgenden: VO 1107/70*).

Es ergab sich allerdings bereits aus den Vorlagefragen des Bundesverwaltungsgerichts, dass die VO 1191/69 und damit die „staatliche Bestellung“ im vorliegenden Fall durch die deutschen Behörden nicht angewendet wurden. Die VO 1191/69 hätte außerdem zu einer Besonderheit geführt: Da sie ein europaweit standardisiertes Verfahren zur Finanzierung der Verkehrsleistung enthält, *entbindet die Anwendung der Verordnung auch vom Notifizierungsverfahren*, d.h. bei den ausschreibungsbedingten Ausgleichsleistungen ist die Anmeldung bei der Kommission entbehrlich.

Léger ging in seinen Schlussanträgen deshalb zur VO 1107/70 über, die Beihilfen im Verkehrsbereich rechtfertigen kann. Deren Art. 3 lautet:

Unbeschadet ... der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 ... erlegen [die Mitgliedstaaten] mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundene Belastungen ..., die die Gewährung von Beihilfen im Sinne von Artikel 73 des Vertrages zur Folge haben[, nur in folgenden Fällen auf]:

1. ...
2. Für die Abgeltung von Leistungen, die mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängen:
bis zum Inkrafttreten entsprechender gemeinschaftlicher Regelungen, sofern die Zahlungen an Unternehmen des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs zum Ausgleich der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes erfolgen, die diesen Unternehmen vom Staat oder von öffentlich-rechtlichen Körperschaften auferlegt werden und
 - entweder Tarifpflichten, die in Artikel 2 Absatz 5 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 nicht enthalten sind,
 - oder aber Verkehrsunternehmen oder Verkehrstätigkeiten betreffen, die vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausgeschlossen sind.

Da die VO 1191/69 nach § 8 Abs. 4 PBefG nur im Falle der Gemeinwirtschaftlichkeit zur Anwendung gelangt, nimmt der Generalanwalt an, dass im übrigen Bereich die VO 1107/70 immer noch eingreift. Die Übernahme der Defizite im ÖPNV könnte sich demnach auf eine europäische Grundlage stützen, jedoch entbindet die VO 1107/70 die mitgliedstaatlichen Behörden nicht von ihrer Notifizierungspflicht (Art. 5). Ohne die Anmeldung der Beihilfe und deren Genehmigung durch die Kommission gemäß Art. 88 EGV würden die Zuschüsse zur Verlustdeckung als Beihilfen gegen europäisches

Recht verstoßen. *Andere Rechtfertigungs- bzw. Ausnahmemöglichkeiten bestehen nach der Auffassung Légers nicht.*

Da die Zuwendungen an die Altmark Trans nicht durch die Kommission genehmigt wurden, hilft die VO 1107/70 im Altmark-Streit nicht weiter. Die Verlustdeckungsleistungen stellen verbotene Beihilfen dar.

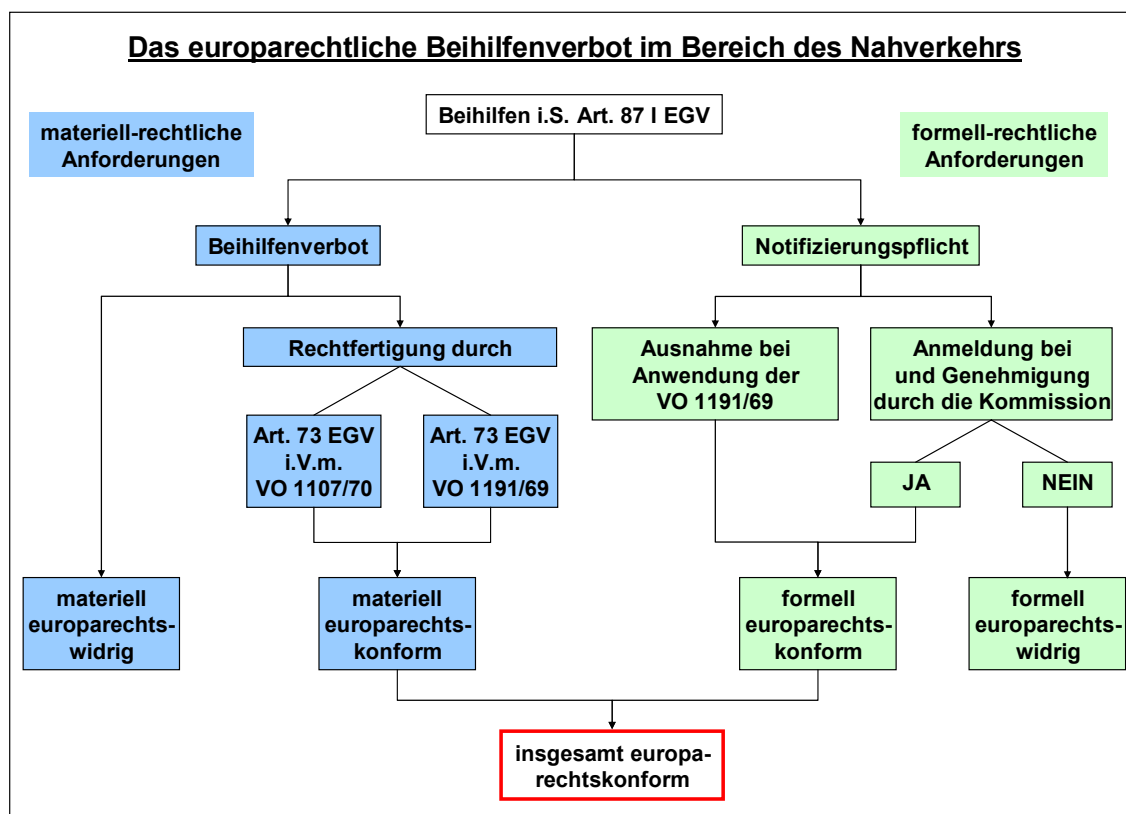


Abbildung 3: Überblick über das Beihilfenverbot im Nahverkehr (nach Léger)

3.3.3 Der Gegenleistungsansatz als vermittelnde Position

Außerhalb des Gerichtsverfahrens im Altmark-Streit entwickelte sich unter den *Generalanwälten* eine weitere Auffassung zum vorliegenden Problem, die als *Gegenleistungsansatz* bezeichnet wird. Diese Ansicht setzt am Merkmal der Einseitigkeit der Beihilfe an, und scheidet nur solche staatlichen Zuwendungen aus dem Anwendungsbereich des Art. 87 Abs. 1 EGV aus, bei denen ein *unmittelbarer und offensichtlicher Zusammenhang* zwischen der staatlichen Finanzierung und *klar definierten Verpflichtungen* des Begünstigten besteht [5, 7, 21]. Dafür wird beispielsweise gefordert, dass Leistung und Gegenleistung in einem abgeschlossenen Vertrag festgeschrieben sind [5, 21]. In der Sache handelt es sich um eine Form des Ausgleichsansatzes, bei dem die Differenzierungskriterien deutlicher benannt sind [13].

Unabhängig von den Ansätzen der Generalanwälte verneinen einige Stimmen des *juristischen Schrifttums* das Vorliegen von Beihilfen, wenn der Staat eine Ausschreibung durchgeführt hat. Sie argumentieren aber auch mit der Gegenleistung. Dem finanziellen Ausgleich, der im Anschluss an die Vergabensentscheidung geleistet wird, stünde in diesen Fällen eine *marktmäßige Gegenleistung* des begünstigten Verkehrsanbieters gegenüber [17, 19]. Folglich fehlte der einseitige Vorteil, sodass das Beihilfenrecht nicht zur Anwendung gelangen würde.

Alle diese Lösungen, die eine Gegenseitigkeit annehmen wollen, greifen im vorliegenden Fall nicht ein, da die Verlustdeckung im Altmark-Streit gerade nicht vertraglich vereinbart wurde und auch kein Vergabeverfahren stattfand. Ferner wird für die hinreichende Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung gefordert, dass sowohl Verpflichtung als auch Finanzierung durch *die identische Behörde* erfolgen [21]. Im vorliegenden Fall sind die Verpflichtungen allein an die Genehmigung geknüpft, die von der Genehmigungsbehörde erteilt wird. Die Finanzierung erfolgt jedoch durch den Aufgabenträger.

3.4 DIE ENTSCHEIDUNGSMÖGLICHKEITEN DES EUGH UND IHRE FOLGEN

Es bestehen damit *drei dogmatische Ansätze*, mit denen der Beihilfebegriff geklärt werden kann und die bei der Anwendung auf die Verlustübernahme im ÖPNV zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

Die Schlussanträge des Generalanwalts Léger *binden den EuGH nicht* bei seiner Entscheidung, da die Generalanwälte als unabhängige Berichterstatter fungieren und an der Entscheidungsfindung durch die Richter nicht beteiligt sind. Allerdings schließen sich die Richter häufig den Schlussanträgen an. Im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit, dass sich der Generalanwalt gerade gegen die bisherige Rechtsprechung des EuGH wendet und dass die Generalanwälte untereinander uneinig sind. Daher fällt eine Prognose schwer.

Schließt sich der EuGH dem *Generalanwalt Léger* an und rückt damit wenigstens zum Teil von seiner bisherigen Rechtsprechung ab, verstoßen die staatlichen Zuschüsse zur Verlustdeckung gegen das Europarecht und müssen in ihrer derzeitigen Form künftig unterbleiben. Dies würde grundsätzlich auch für die (interne) Verlustübernahme durch die öffentliche Hand im Querverbund gelten. Weiterhin müssten die Beihilfen *zurückgefordert* werden. Außerdem wären die Behörden, welche die Beihilfen geleistet haben, gegenüber den Beihilfeempfängern und ihren Konkurrenten zum *Ersatz des Schadens* verpflichtet, der ihnen durch die Beihilfegewährung entstanden ist (so ausdrücklich Léger). Den Aufgabenträgern blieben künftig zur Finanzierung der Fehlbeträge zwei Möglichkeiten: (1) die Anwendung der VO 1191/69, die im Regelfall zu einer Vergabeentscheidung führt, oder (2) eine Finanzierung unter der Beachtung der VO 1107/70, welche der Genehmigung durch die Kommission (Notifizierungsverfahren) bedarf.

Auch nach dem *Gegenleistungsansatz* sind die Verlustdeckungsleistungen nicht mit dem europäischen Recht vereinbar, da kein offensichtlicher Zusammenhang zwischen den Verpflichtungen und den Zahlungen besteht. Sie lösen die oben erwähnten Folgen der Rückforderung und des Schadensersatzes aus. In Zukunft gewährt dieser Ansatz den Aufgabenträgern jedoch einen *größeren Spielraum* als der Beihilfenansatz des Generalanwalts Léger: Werden die Finanzleistungen und die Verkehrsleistungspflichten in einem Vertrag vereinbart, liegt keine Beihilfe vor. Dies entbindet die Behörden sowohl von der Beachtung der VO 1191/69 bzw. VO 1107/70 als auch von der Notifizierung der Beihilfe. Inwieweit der Vertrag zwingend auf einer Ausschreibung beruhen muss, ist nicht endgültig geklärt [5, 7]. Ebenso steht nicht fest, ob es neben dem Vertrag auch andere Formen der Betrauung eines Unternehmens gibt [12].

Allein bei der Anwendung des *Ausgleichsansatzes* ist es möglich, die derzeitige Finanzierungspraxis zur Beteiligung der öffentlichen Hand an den Fehlbeträgen als europarechtskonform zu erachten. Voraussetzung ist allerdings, dass man die Pflichten aus der (beantragten!) Genehmigung als *aufgelegte gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen* in Sinne des Urteils Ferring/ACOSS betrachtet. Alle Beihilfen, deren Umfang nicht die Höhe der verpflichtungsbedingten (Mehr-)Kosten übersteigt, wären demnach mit dem Beihilfenrecht vereinbar. Das wichtigste Kriterium für die staatliche Finanzierung des ÖPNV würde danach die Orientierung an dieser Kostengrenze darstellen. Die europäischen Verordnungen könnten daneben gewissermaßen freiwillig angewendet werden. Einer Vergabe

der Verkehrsleistungen bedürfte es nicht zwingend. Ob im Altmark-Streit die Kostengrenze allerdings auch beachtet wird, muss auf jeden Fall durch die nationalen Gerichte näher geprüft werden: Ursprünglich machte die Altmark Trans nämlich einen Komplementärfinanzierungsbedarf in Höhe von 58 Pf./km geltend [9, 10]. Aus den Schlussanträgen ergibt sich aber, dass die *Zuschüsse* 75 Pf./km betragen [6].

4 DIE AUSWIRKUNGEN AUF DAS DEUTSCHE RECHT

4.1 ALTMARK-STREIT

Entscheidet der EuGH - auf welcher dogmatischen Grundlage auch immer -, dass es sich bei den staatlichen Zuschüssen zur Verlustdeckung um verbotene Beihilfen handelt, ist diese Finanzierungspraxis einzustellen. Es liegen folglich *keine sonstigen Unternehmenserträge* nach § 8 Abs. 4 des PBefG mehr vor. Jedenfalls dürfen die Defizitübernahmen des Landkreises Stendal bei einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung der Eigenwirtschaftlichkeit nicht als sonstige Unternehmenserträge anerkannt werden.

Damit entfällt die Eigenwirtschaftlichkeit und die Rechtmäßigkeit der Genehmigungserteilung richtet sich im Altmark-Streit nach § 13a PBefG und nicht nach § 13 PBefG, wie das Regierungspräsidium rechtsfehlerhaft annahm. Damit ist Genehmigungsvoraussetzung, dass die Lösung mit den geringsten Kosten für die Allgemeinheit ausgewählt wurde. Da keine Vergabe erfolgte, ist dieses Kriterium nicht erfüllt. Die an die Altmark Trans erteilten Genehmigungen sind damit rechtswidrig und werden gerichtlich aufgehoben. Eine Neuerteilung - an die Altmark Trans, die NVG oder einen neuen Bewerber - kann erst nach der ordnungsgemäßen Durchführung eines Vergabeverfahrens erfolgen, sofern nicht andere Finanzierungsformen eingreifen, die den Vorgaben des Europarechts entsprechen.

Urteilt der EuGH, dass die Verlustdeckung nicht im Widerspruch zum Europarecht steht, ist es allein die Aufgabe des deutschen Rechts zu entscheiden, ob man bei Zuschüssen zur Übernahme der Fehlbeträge von sonstigen Unternehmenserträgen im Sinne des § 8 Abs. 4 PBefG sprechen kann. Das Bundesverwaltungsgericht bejaht diese Frage bei einer rein nationalen Auslegung [9]. Im Altmark-Streit würde es sich folglich um eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen handeln und § 13 PBefG hätte zu Recht bei der Genehmigungserteilung Anwendung gefunden. Damit wären die Genehmigungen rechtmäßig erteilt worden und könnten bei der Altmark Trans verbleiben.

4.2 EIGEN- UND GEMEINWIRTSCHAFTLICHE VERKEHRSLEISTUNGEN

Löst man den Blick von der Fallgestaltung im Altmark-Streit, ergibt sich für das allgemeine Verhältnis von Eigen- und Gemeinwirtschaftlichkeit das folgende Ergebnis: Als sonstige Unternehmenserträge im Sinne des § 8 Abs. 4 PBefG können nur staatliche Zuschüsse gelten, die im Einklang mit dem Europarecht stehen. Zu ihnen gehören auf jeden Fall die notifizierten Zuschüsse nach der VO 1107/70 und - falls sich der EuGH dem Gegenleistungs- oder dem Ausgleichsansatz anschließt - auch vertraglich vereinbarte Zuwendungen bzw. solche Zuschüsse, welche die Kostengrenze beachten. In diesen Fällen würde eine *eigenwirtschaftliche Verkehrsleistung* vorliegen, die nach § 13 PBefG genehmigt werden kann. Ist die VO 1169/91 durch den Aufgabenträger angewendet worden, handelt es sich jedoch stets um *gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen*, die nach § 13a PBefG zu genehmigen sind.

5 ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass vom Urteil des EuGH wichtige Vorgaben für die künftige Finanzierung des ÖPNV zu erwarten sind. *Es besteht die Gewissheit, dass der Staat auch künftig finanzierend in den ÖPNV eingreifen darf.* Um allen Unwägbarkeiten der Entscheidung aus dem Wege zu gehen, ist den kommunalen Aufgabenträgern *zu empfehlen, sich bei der Finanzierung der VO 1191/69 zu bedienen*, die auf jeden Fall eine europarechtskonforme Finanzierung ermöglicht, ohne die Kommission einzuschalten.

Ein solches Vorgehen brächte den Landkreisen und kreisfreien Städten vor allem den Vorteil, dass *sie* den Betreiber auswählen, den sie später finanzieren. Dem Regierungspräsidium kommt innerhalb des Genehmigungsverfahrens für die gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen überwiegend nur noch eine Kontrollfunktion zu.

An die Stelle der VO 1169/91 soll in Zukunft eine neue europäische Verordnung treten (siehe oben 1.2), nach deren Inkrafttreten auch die VO 1107/70 ihren Anwendungsbereich verliert. Der Gesetzgebungsprozess stagniert jedoch im Moment, da die Beteiligten das Urteil des EuGH im Altmark-Streit abwarten wollen. In den bisherigen Vorschlägen zeichnen sich starke Gegensätze zwischen der Kommission, welche die Marktöffnung beschleunigen will, und dem Europäischen Parlament ab, das sich um die Erhaltung eines größeren Gestaltungsspielraums für die Mitgliedstaaten bemüht.

Nach dem bisherigen Stand des Verfahrens kann von der novellierten Verordnung erwartet werden, dass sie die *Aufteilung zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren im deutschen Recht und auch die Besitzstandswahrung nach § 13 Abs. 3 PBefG beseitigen wird*. In den Mittelpunkt rückt die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge. Damit vollzieht sich ein Paradigmenwechsel von der Beihilfenkontrolle hin zur Kontrolle des Marktzutritts [23].

Staatliche Ausgleichszahlungen dürfen danach zwar bei allen Verkehrsleistungen erfolgen, jedoch muss grundsätzlich ein Ausschreibungsverfahren vorausgehen. Eine Direktvergabe ist nur ausnahmsweise - zum Beispiel unterhalb der Geringfügigkeitsgrenzen (jährlicher Auftragswert von bis zu 1 Mio. EUR bzw. 3 Mio EUR für die Vergabe des gesamten Netzes) - vorgesehen (Art. 7 des letzten Kommissionsvorschlags vom 21.02.2002, ABl. EG 2002 C 151E, S. 146). Vom Anmeldeverfahren für Beihilfen sind die Ausgleichsleistungen ausgenommen (Art. 11 des letzten Kommissionsvorschlags).

Alles in allem wird auch die Form und das Zustandekommen der neuen Verordnung stark vom Ausgang des Verfahrens vor dem EuGH in der Rechtsache Altmark Trans abhängen.

Danksagungen

Herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Joachim Lege, für die kritische Durchsicht dieses Beitrages und seine Verbesserungsvorschläge. Ferner danke ich den Dresdner Anwälten Kiermeier, Haselier und Grosse, für ihre zahlreichen Anregungen aus der Praxis und die finanzielle Unterstützung der Juristischen Fakultät in Dresden, die mir die Mitarbeit am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Jochen Rozek ermöglicht.

Quellenangaben

A Rechtsprechung

- [1] *EuGH*, Urteil vom 17.09.1980, Rechtssache 730/79 - Philip Morris; Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes (Slg.) 1980, S. 2671.
- [2] *EuGH*, Urteil vom 13.07.1988, Rechtssache 102/87- Frankreich/Kommission, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes (Slg.) 1988, S. I-4067.
- [3] *EuGH*, Urteil vom 22.11.2001, Rechtssache C-53/00 - Ferring/ACOSS (Im Internet abrufbar unter: <http://www.curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>).
- [4] *EuG*, Urteil vom 06.07.1995, Rechtssache T-447/93 u. a. - AITEC, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes (Slg.) 1995, S. II-1971.
- [5] *Generalanwalt Jacobs*, Schlussanträge vom 30.4.2002, Rechtssache C-126/01 - GEMO SA (im Internet abrufbar, siehe [3]).
- [6] *Generalanwalt Léger*, Schlussanträge vom 19.03.2002 und 14.01.2003, Rechtssache C-280/00 (im Internet abrufbar, siehe [3]).
- [7] *Generalwältin Stix-Hackl*, Schlussanträge vom 7.11.2002, Rechtssache C-34/01 bis C-38/01 - Enirisorse SpA (im Internet abrufbar, siehe [3]).
- [8] *Bundesverwaltungsgericht*, Urteil vom 06.04.2000 - 3 C 6/99, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2001, S. 322.
- [9] *Bundesverwaltungsgericht*, Vorlagebeschluss vom 06.04.2000 - 3 C 7/99, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2001, S. 320.
- [10] Erstinstanzlich: *Verwaltungsgericht Magdeburg*; Berufungsinstanz: *Oberverwaltungsgericht (OVG) Magdeburg*, Urteil vom 07.04.1998 (A 1/4 S 221/97 - sog. Magdeburger Urteil), Landes- und Kommunalverwaltung (LKV) 1999, S. 31; Revisionsinstanz: *Bundesverwaltungsgericht*, siehe [9].

B Literaturangaben

- [11] *Barth, Sibylle*; Anmerkung zum Urteil des OVG Magdeburg [10]; Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 1998, S. 215 - 218.
- [12] *Barth, Sibylle/Baumeister, Hubertus/Fiedler, Lothar, H.*; Wendezeit im Öffentlichen Personennahverkehr - Wege zur Neuorganisation des ÖPNV; Verkehr und Technik 2003 (Heft 5), S. 193 - 200.
- [13] *Bartosch, Andreas*; Schranken-Schranken in der EG-Beihilfekontrolle; Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2002, S. 3588 - 3592.
- [14] *Bartosch, Andreas*; Der EuGH zieht der EG-Beihilfenkontrolle engere Schranken - das Urteil in der Rechtssache Ferring/ACOSS; Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2002, S. 174 - 175.
- [15] *Baumeister, Hubertus*; Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen; Landes- und Kommunalverwaltung (LKV) 1999, S. 12 - 14.

- [16] *Fromm, Günther/Fey, Michael*; Personenbeförderungsrecht, 2. Auflage, München 1995; insbesondere Kommentierung zu § 8 (S. 14 ff.).
- [17] *Gundel, Jörg*; Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: Zum Verhältnis zwischen Art.86 Abs.2 EGV und dem EG-Beihilferecht; Recht der internationalen Wirtschaft (RIW) 2002, S. 222 - 230.
- [18] *Hermanns, Caspar David/Hönig, Dietmar*; Aktuelle Entwicklungen im Öffentlichen Personennahverkehr in den neuen Ländern; Landes- und Kommunalverwaltung (LKV) 2002, S. 206 - 212.
- [19] *Koenig, Christian/Kühling, Jürgen*; Infrastrukturförderung im Ausschreibungsverfahren; Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 2003, S. 289 - 298.
- [20] *Mederer, Wolfgang*; Kommentierung zu Art. 92 EGV (jetzt Art. 87), in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Handbuch des Europäischen Rechts, Band I A 50 (Europäische Gemeinschaft, Wettbewerb - Kommentierung).
- [21] *Nettesheim, Martin*; Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge; Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht (EWS) 2002, S. 253 - 263.
- [22] *Ronellenfitsch, Michael*; Der ÖPNV im europäischen Binnenmarkt; Verwaltungsarchiv (VwArch) 2001, S. 131 - 147 und 293 - 315.
- [23] *Roth, Frank*; Von der Direktvergabe zur Ausschreibung öffentlicher Verkehrsleistungen; Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2001, 616 - 620.
- [24] *Sellmann, Klaus-Albrecht/ Sellmann, Elke*; Öffentliches Verkehrsrecht im Spiegel der Rechtsprechung; DVBl 2003, S. 358 - 370 (insbes. S. 362 f.).

Anhang: Wichtige Vorschriften

PBefG

§ 8 Förderung der Verkehrsbedienung und Ausgleich der Verkehrsinteressen im öffentlichen Personennahverkehr

...

(4) Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr sind eigenwirtschaftlich zu erbringen. Eigenwirtschaftlich sind Verkehrsleistungen, deren Aufwand gedeckt wird durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne. Soweit eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht entsprechend Satz 1 möglich ist, ist die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs (ABl. EG Nr. L 156 S. 1) in der jeweils geltenden Fassung maßgebend. Wer zuständige Stelle im Sinne dieser Verordnung ist, richtet sich nach Landesrecht; sie soll grundsätzlich mit dem Aufgabenträger nach Absatz 3 identisch sein. Die Vorschrift des § 21 Abs. 3 Satz 1 bleibt unberührt.

§ 13 Voraussetzung der Genehmigung

(1) Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn

1. die Sicherheit und die Leistungsfähigkeit des Betriebs gewährleistet sind,
 2. keine Tatsachen vorliegen, die die Unzuverlässigkeit des Antragstellers als Unternehmer oder der für die Führung der Geschäfte bestellten Personen dartun,
- und
3. der Antragsteller als Unternehmer oder die für die Führung der Geschäfte bestellte Person fachlich geeignet ist. Die fachliche Eignung wird durch eine angemessene Tätigkeit in einem Unternehmen des Straßenpersonenverkehrs oder durch Ablegung einer Prüfung nachgewiesen.

(2) Beim Straßenbahn-, Obusverkehr und Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen ist die Genehmigung zu versagen, wenn

1. der Verkehr auf Straßen durchgeführt werden soll, die sich aus Gründen der Verkehrssicherheit oder wegen ihres Bauzustandes hierfür nicht eignen,
- oder
2. durch den beantragten Verkehr die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt werden, insbesondere
 - a) der Verkehr mit den vorhandenen Verkehrsmitteln befriedigend bedient werden kann,
 - b) der beantragte Verkehr ohne eine wesentliche Verbesserung der Verkehrsbedienung Verkehrsaufgaben übernehmen soll, die vorhandene Unternehmer oder Eisenbahnen bereits wahrnehmen,
 - c) die für die Bedienung dieses Verkehrs vorhandenen Unternehmer oder Eisenbahnen die notwendige Ausgestaltung des Verkehrs innerhalb einer von der Genehmigungsbehörde festzusetzenden angemessenen Frist und, soweit es sich um öffentlichen Personennahverkehr handelt, unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 selbst durchzuführen bereit sind.

(2a) Im öffentlichen Personennahverkehr kann die Genehmigung versagt werden, wenn der beantragte Verkehr mit einem Nahverkehrsplan im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 und 3 nicht in Einklang steht.

(3) Ist ein Verkehr von einem Unternehmer jahrelang in einer dem öffentlichen Verkehrsinteresse entsprechenden Weise betrieben worden, so ist dieser Umstand, im öffentlichen Personennahverkehr unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 3, angemessen zu berücksichtigen; das gilt auch im Fall des Absatzes 2 Nr. 2.

usw.

§ 13a Voraussetzung der Genehmigung bei gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen

(1) Die Genehmigung ist zu erteilen, soweit diese für die Umsetzung einer Verkehrsleistung aufgrund einer Auferlegung oder Vereinbarung im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates erforderlich ist und dabei diejenige Lösung gewählt worden ist, die die geringsten Kosten für die Allgemeinheit mit sich bringt. § 13 Abs. 1 und 2 Nr. 1 sowie § 14 sind anzuwenden...

(2) Die Genehmigung ist zu versagen, wenn für die Umsetzung der Verkehrsleistung im Sinne des Absatzes 1 nicht diejenige Lösung gewählt worden ist, die die geringsten Kosten für die Allgemeinheit mit sich bringt, oder bei der Auferlegung oder Vereinbarung der Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt worden ist.

§ 21 Betriebspflicht

(1) Der Unternehmer ist verpflichtet, den ihm genehmigten Betrieb aufzunehmen und während der Geltungsdauer der Genehmigung den öffentlichen Verkehrsinteressen und dem Stand der Technik entsprechend aufrechtzuerhalten.

usw.

Verordnung zur Anwendung von § 13a Abs. 1 Satz 1 des PBefG

§ 1 Geringste Kosten für die Allgemeinheit

(1) Als geringste Kosten für die Allgemeinheit im Sinne des § 13a des Personenbeförderungsgesetzes und des Artikels 3 Abs. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26. Juli 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs (ABl. EG Nr. L 156 S. 1) in der jeweils geltenden Fassung sind die Kosten einer gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistung anzusehen, die zu der niedrigsten Haushaltsbelastung für die zuständige Behörde im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates führt.

(2) Die geringsten Kosten für die Allgemeinheit sind bei der Durchführung einer Verkehrsleistung auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung in der Regel gegeben, wenn die zuständige Behörde im Sinne des Absatzes 1 eine gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistung mit festgelegten Standards im Wettbewerb vergeben und das Vergabeverfahren nach Maßgabe der Verfahrensregelungen der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) Teil A Abschnitt 1 vom 3. August 1993 (BAnz. Nr. 175a vom 17. September 1993) durchgeführt hat. Angebote dürfen unmittelbare freiwillige Zahlungen der öffentlichen Hand an Verkehrsunternehmen oder Erträge aus Tätigkeiten der öffentlichen Hand im Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge oder aus gewerblichen Tätigkeiten der öffentlichen Hand, die an den mit der Durchführung der Verkehrsleistungen befaßten Unternehmensbereich abgeführt werden, nicht enthalten. Satz 2 gilt für verbundene Unternehmen sowie in Fällen der Betriebsaufspaltung entsprechend.

(3) Bei der Auferlegung einer gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistung sind die geringsten Kosten für die Allgemeinheit gegeben, wenn ein Vergabeverfahren nach Absatz 2 Satz 1 nicht sachgerecht ist oder zu keinem Ergebnis geführt hat oder wenn eine vertragliche Vereinbarung über die gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistung aus anderen Gründen nicht zustande kam und die veranschlagten Kosten der Maßgabe der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953 (BAnz. Nr. 244 vom 18. Dezember 1953), zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 13. Juni 1989 (BGBl. I S. 1094) entsprechen. Absatz 2 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.