

Bettina Werres, Mag. rer. publ., Rechtsanwältin, Köln\*

## Der Rechtsrahmen für den öffentlichen Personennahverkehr in Deutschland – Liberalisierung im Zuge europarechtlicher Vorgaben

Das Urteil des EuGH in der Rechtssache „Altmark Trans“ hat die Diskussion um die Liberalisierung von Nahverkehrsdienstleistungen, die im Zuge des Verordnungsentwurfs der Kommission zur Änderung der VO (EWG) 1191/69 vehement geführt wird, weiter belebt. Der Gerichtshof hat sich zum einen mit Blick auf Art. 87 EG für die Tatbestandslösung und gegen das Rechtsfertigungsmodell ausgesprochen. Zum anderen hat er Teilbereichsausnahmen vom Anwendungsbereich der VO (EWG) 1191/69 gebilligt, sofern der Grundsatz der Rechtssicherheit gewahrt bleibt. Mehrere deutsche Verwaltungsgerichte haben nunmehr eine solche rechtssichere Abgrenzung für das Personenbeförderungsgesetz bejaht. Gleichwohl bereitet die Frage, in welchem Umfang die Bezuschussung des ÖPNV europarechtskonform ist, in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten. Vor diesem Hintergrund beleuchtet der Beitrag die Konsequenzen für die Finanzierung des ÖPNV in Deutschland und zeigt einige Implikationen für die zukünftige Rechtsanwendung auf.

### I. Einleitung

Der öffentliche Personennahverkehr (ÖPNV) in Deutschland befindet sich in einer Phase des Wandels. Dies ist nicht allein auf die – nunmehr seit Jahren anhaltende – Diskussion über eine Reform der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 in der Fassung der Verordnung (EWG) Nr. 1893/91<sup>1</sup> zurückzuführen, sondern in erster Linie auf das Urteil des EuGH in Sachen „Altmark Trans“<sup>2</sup>. Das Urteil betrifft den gegenwärtig heftig umstrittenen Bereich der Finanzierung des ÖPNV vor dem Hintergrund europarechtlicher Vorgaben und kann als wegweisend für die Zukunft der Daseinsvorsorge in Europa bezeichnet werden. Die in dem Urteil zu Tage tretenden Liberalisierungstendenzen bringen große Herausforderungen sowohl für die Aufgabenträger als auch für die Verkehrsunternehmen mit sich.

Der Beitrag beleuchtet zunächst die europarechtlichen Vorgaben, die die heutige Struktur des ÖPNV entscheidend mitbestimmen haben und die für das Verständnis künftiger Entwicklungen auf nationaler Ebene im Verkehrswesen unerlässlich sind (II.), geht dann näher auf das Urteil des EuGH

ein (III.), bevor abschließend dessen Auswirkungen auf die Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen in Deutschland untersucht werden (IV.).

### II. Der geltende Rechtsrahmen

Seit langem schon ist die Europäische Gemeinschaft (EG) bemüht, zur Liberalisierung des ÖPNV-Marktes beizutragen. Allerdings muss auf diesem Sektor verstärkt in adäquater Weise nationalen Besonderheiten Rechnung getragen werden. Dementsprechend ist für die im Bereich des ÖPNV tätigen kommunalen Unternehmen das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 2 EG in besonderer Weise zu beachten. Danach darf die Gemeinschaft in Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig werden, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können<sup>3</sup>.

#### 1. Art. 70 ff., 81 f. und 86 Abs. 2 EG als relevantes Primärrecht

Der ÖPNV ordnet sich gemeinschaftsrechtlich zwischen den Verkehrskompetenzen der Art. 70 ff. EG und den Wettbewerbsregeln der Art. 81 f. EG ein. Allgemein wird den Infrastrukturbereichen im Unterschied zu anderen Wirtschaftssektoren eine gewisse Sonderstellung im europäischen Binnenmarkt zugeordnet<sup>4</sup>. Ganz besonders gilt dies für den öffentlichen Personenverkehr, da es sich hierbei nicht allein um einen Gegenstand des Wirtschaftslebens, sondern darüber hi-

\* Die Verfasserin ist als Fachbereichsleiterin für Personenbeförderungs-, Vergabe- und Wettbewerbsrecht im Verband Deutscher Verkehrsunternehmen in Köln tätig. Mehr erfahren Sie auf S. VIII.

1 Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26. 6. 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs (ABIEG L 169, 1). Zur Reform vgl. den zweiten Kommissionsentwurf für eine neue Verordnung KOM (2002) 107 vom 21. 2. 2002, ABIEG C 151, 146.

2 EuGH, 24. 7. 2003 – Rs. C-280/00, Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, Sig. 2003, I-7747 ff.

3 Hierzu Herchenhan, BayVBl. 2003, 649 (650 f.).

4 Ausführlich Ronellenfisch, VerwArch 2001, 293 (301 ff.).

naus um eine Leistung der Daseinsvorsorge bzw. – in der Sprachweise der Art. 16 und 86 Abs. 2 EG – um eine „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ handelt<sup>5</sup>. Dementsprechend sehen die Art. 73 EG und 86 Abs. 2 EG Sonderregelungen für den Verkehrssektor vor. Gemäß Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG gelten die Vorschriften des EG-Vertrags u. a. für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Nach Art. 73 EG sind Beihilfen mit dem EG-Vertrag vereinbar, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen.

## 2. Die Verordnung 1191/69 als einschlägiges Sekundärrecht

Die Bestimmung des Art. 73 EG wird durch die Verordnung 1191/69<sup>6</sup> konkretisiert<sup>7</sup>. Die Verordnung regelt die Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes bei der Personenbeförderung im Landverkehr, Art. 1 Abs. 1 der Verordnung. Der schillernde Begriff der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes umfasst der Legaldefinition des Art. 2 Abs. 1 der Verordnung zufolge solche Verpflichtungen, die das Verkehrsunternehmen im eigenen wirtschaftlichen Interesse nicht oder nicht im gleichen Umfang und nicht unter den gleichen Bedingungen übernehmen würde. Darunter fallen die Betriebs-, die Beförderungs- und die Tarifpflicht (Art. 2 Abs. 2–5 der Verordnung). Nach Art. 1 Abs. 3 der Verordnung haben die zuständigen mitgliedstaatlichen Behörden die mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes einhergehenden auferlegten Verpflichtungen aufzuheben. Solche Verpflichtungen können aber auf der Basis gesonderter Verträge vereinbart werden (Art. 1 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 14 der Verordnung).

Mit der Verordnung verfolgt der Gemeinschaftsgesetzgeber folgende drei Ziele<sup>8</sup>:

- die Harmonisierung der Auferlegung, Aufhebung (Art. 1 Abs. 3 und Art. 4 Abs. 1 der Verordnung) und Einführung/Beibehaltung von gemeinwirtschaftlichen Pflichten (Art. 1 Abs. 4 und Art. 1 Abs. 5 der Verordnung) zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten auf der Grundlage des Art. 71 EG;
- eine gemeinsame Regelung für die Gewährung von Zuschüssen bei gemeinwirtschaftlichen Leistungen als Konkretisierung des Art. 73 EG;
- ein geordnetes Beihilfeaufsichtsverfahren durch die Freistellung von der Notifizierungspflicht des Art. 88 EG gemäß Art. 17 Abs. 2 der Verordnung.

Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 der Verordnung gestattet es den Mitgliedstaaten, solche Unternehmen, deren Tätigkeit ausschließlich auf den Betrieb von Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdiensten beschränkt ist, vom Anwendungsbereich dieser Verordnung auszunehmen. Mit Wirkung bis zum 31. 12. 1995 bediente sich Deutschland umfassend dieser Ausnahmeregelung. Erst mit der Reform des Personenbeförderungsgesetzes im Jahr 1996<sup>9</sup> erfolgte die heute gängige Unterscheidung zwischen gemeinwirtschaftlichen (§ 8 Abs. 4 Satz 3 und § 13 a PBefG) und eigenwirtschaftlichen Verkehren (§ 8 Abs. 4 Satz 1 und 2 sowie § 13 PBefG). Nach § 8 Abs. 4 Satz 3 PBefG fallen nunmehr allein die gemeinwirtschaftlichen Verkehre unter die Verordnung 1191/69.

## 3. Das Personenbeförderungsgesetz unterscheidet zwischen gemein- und eigenwirtschaftlichen Verkehren

### a) Nach dem PBefG unterfallen nur die gemeinwirtschaftlichen Verkehre der Verordnung 1191/69

§ 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG bestimmt, dass Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr grundsätzlich eigenwirtschaftlich zu erbringen sind. Das BVerwG folgert daraus eine Subsidiarität der gemeinwirtschaftlichen Verkehre<sup>10</sup>. Nach der Legaldefinition des § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG gelten als eigenwirtschaftlich solche Verkehrsleistungen, deren Aufwand gedeckt wird durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne. Die Zuteilung der Linienerlaubnisse findet auf Antrag eines Verkehrsunternehmens im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens gemäß § 13 PBefG statt. Demgegenüber fallen unter den Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verkehre alle diejenigen Verkehrsleistungen, die nicht unter die Legaldefinition der Eigenwirtschaftlichkeit subsumiert werden können. Die Genehmigung für gemeinwirtschaftliche Verkehre wird nach § 13 a PBefG i.V.m. der Verordnung 1191/69 nur insofern erteilt, als diejenige Lösung gewählt wird, die die geringsten Kosten verursacht. In diesem Rahmen ist eine öffentliche Ausschreibung vorgesehen<sup>11</sup>.

### b) Die Vereinbarkeit des PBefG mit dem Gemeinschaftsrecht war Gegenstand der Entscheidung Altmark Trans

In der Vergangenheit wurde die Vereinbarkeit der Unterscheidung zwischen eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren im Personenbeförderungsgesetz mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere mit der Verordnung 1191/69, immer wieder in Zweifel gezogen<sup>12</sup> – nicht zuletzt wegen der weiten Auslegung der „sonstigen Erträge im handelsrechtlichen Sinne“ in § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG. Nunmehr war die Frage der Europarechtskonformität Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 234 EG in der Rechtssache „Altmark Trans“.

## III. Das „Altmark Trans“-Urteil des EuGH

### 1. Sachverhalt

Im Jahr 1990 erhielt das private Verkehrsunternehmen Altmark Trans GmbH (Altmark Trans) Genehmigungen und Zuschüsse für den Linienverkehr mit Omnibussen im Landkreis Stendal. Das Regierungspräsidium Magdeburg erteilte Altmark Trans im Jahr 1994 eine neue Liniengenehmigung (§§ 8 Abs. 4, 13 PBefG) und lehnte den Antrag der kommunalen Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (Nahverkehrsgesellschaft Altmark) auf Erteilung von Genehmigungen ab.

<sup>5</sup> Vgl. *Michaels/Kühsehl*, EuZW 2003, 520 (521).

<sup>6</sup> Vgl. Fn. 1.

<sup>7</sup> Statt vieler *Hoffmann-Klein/Noch*, DÖV 2002, 422 (423).

<sup>8</sup> Vgl. EuGH Rs. C-280/00, *Altmark Trans* (Fn. 2), Rdnr. 35 und 45; *G4 Léger*, Schlussantrag vom 19. 3. 2002 – Rs. 280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747, Fn. 6 sowie Rdnr. 13, 33 und 45 ff. Vgl. ausführlich auch die Erwägungsgründe der Verordnung 1191/69.

<sup>9</sup> Art. 1 des Gesetzes zur Festlegung des Anwendungsbereichs und zur Durchführung der VO 1191/69/EWG vom 23. 7. 1992, BGBl. I, 1379.

<sup>10</sup> BVerwG, 6. 4. 2000, DVBl. 2000, 1617 (1619).

<sup>11</sup> Vgl. *Fromm/Fey/Sellmann/Zuck*, Personenbeförderungsgesetz, 3. Aufl. 2001, § 13 a PBefG, Rdnr. 4.

<sup>12</sup> Vgl. nur *Baumeister*, LKV 1999, 12 (13); *Meyer*, DVBl. 1999, 1409 (1410); *Fromm*, TranspR 1994, 425 (430 f.); *Roth*, NVwZ 2001, 616 (618 f.).

Hiergegen klagte die Nahverkehrsgesellschaft Altmark, u. a. mit der Begründung, dass die begünstigte Altmark Trans nicht leistungsfähig sei, da sie ohne öffentliche Zuschüsse des Landkreises Stendal nicht hätte überleben können. Die erteilten Genehmigungen seien daher rechtswidrig<sup>13</sup>.

Das letztinstanzlich zuständige BVerwG vertrat die Auffassung, dass die Bezuschussung eines Unternehmens für den öffentlichen Personennahverkehr nicht geeignet sei, diesem die Eigenwirtschaftlichkeit im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG abzusprechen. Dies entspreche der vom Gesetzgeber zugrunde gelegten und bislang praktizierten Auslegung des Begriffs der Eigenwirtschaftlichkeit. Allerdings bezweifelte das BVerwG die Vereinbarkeit dieser Auslegung des § 8 Abs. 4 PBefG mit dem Gemeinschaftsrecht; es legte daher die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vor<sup>14</sup>.

## 2. Ergebnisse des EuGH

In seiner Entscheidung behandelt der EuGH zunächst die Frage nach dem Anwendungsbereich der Verordnung 1191/69, um dann detailliert auf die Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 EG einzugehen<sup>15</sup>.

### a) Teilausnahmen von der Verordnung 1191/69 sind zulässig

Nach Auffassung des EuGH lässt Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 der Verordnung 1191/69 nicht nur eine vollumfängliche Ausnahme vom Anwendungsbereich dieser Verordnung zu, sondern – nach dem Grundsatz *a maiore ad minus* – auch eine Teilausnahme, wie sie etwa für eigenwirtschaftliche Verkehre in § 8 Abs. 4 PBefG konkludent vorgesehen ist<sup>16</sup>. Demzufolge findet die Verordnung 1191/69 keine Anwendung, wenn bei eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt und öffentliche Zuschüsse gewährt werden<sup>17</sup>. Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit bezweifelt der Gerichtshof jedoch, dass die Abgrenzung zwischen gemeinwirtschaftlichen und eigenwirtschaftlichen Verkehren unzweideutig gezogen werden könne<sup>18</sup>. Zwar überlässt er die Beantwortung dieser Frage letztendlich dem BVerwG<sup>19</sup>. Er stellt aber fest, dass „der Vorlagebeschluss ... eine Reihe von Indizien [enthält], die Raum für Zweifel lassen, ob diese Erfordernisse der Klarheit hier eingehalten worden sind“<sup>20</sup>. Dies ist nach Ansicht des EuGH maßgeblich darauf zurückzuführen, dass „auch Unternehmen, die für die Nutzung von Genehmigungen für Verkehrsdienste öffentliche Zuschüsse benötigen, dem eigenwirtschaftlichen Verkehr zugeordnet sein können“<sup>21</sup>. Daraus ergebe sich ein „Wahlrecht des Unternehmers“ zwischen eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren<sup>22</sup>.

Sollten tatsächlich die vorgenannten Unsicherheiten bei der Abgrenzung des eigenwirtschaftlichen vom gemeinwirtschaftlichen Verkehr bestehen, hätte dies zur Folge, dass die Verordnung 1191/69 in Deutschland „voll und ganz anwendbar ist und daher auch für eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen gilt“<sup>23</sup>. Für den Fall, dass der deutsche Gesetzgeber dem Grundsatz der Rechtssicherheit Genüge getan habe, müsse das BVerwG die Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Beihilferecht der Art. 87 ff. EG prüfen.

### b) Das Nichtvorliegen einer „Begünstigung“ i. S. des Art. 87 Abs. 1 EG knüpft an vier Voraussetzungen an

Im Rahmen der beihilferechtlichen Prüfung nach Art. 87 Abs. 1 EG stellt der EuGH zunächst fest, dass auch öffentliche Zuschüsse mit lediglich örtlichem oder regionalem Cha-

rakter den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigen können<sup>24</sup>. Dennoch seien die öffentlichen Zuschüsse nicht unbedingt als Beihilfe anzusehen. Ein Zuschuss ist nach Auffassung des EuGH nicht als Begünstigung im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG zu werten, soweit er bloß als Ausgleich für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen gezahlt wird. Entscheidend sei darauf abzustellen, ob das bezuschusste Unternehmen einen finanziellen Vorteil erhalte oder nicht<sup>25</sup>. Der Gerichtshof folgt damit seiner in der Rechtssache „Ferring“ eingeschlagenen Linie<sup>26</sup> und schließt sich der sog. „Tatbestandslösung“ an, wonach bei fehlendem wirtschaftlichem Vorteil bereits tatbestandlich keine Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG vorliegt. Die Anforderungen an das Nichtvorliegen einer Begünstigung setzt der EuGH indes hoch an<sup>27</sup>:

- Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein.
- Die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent aufzustellen.
- Der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken.
- Sofern die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, im konkreten Fall nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.

### c) Stellungnahme: Der EuGH hat, insbesondere mit dem Votum zugunsten des Tatbestandsmodells, eine salomonische Entscheidung getroffen

Das Urteil ist als Meilenstein in der Rechtsprechung des EuGH zum prekären Spannungsverhältnis zwischen Wettbe-

13 Ausführlich zum Sachverhalt *Ronellenfitsch*, *VerwArch* 2001, 131 (143 ff.).

14 Vgl. EuGH Rs. C-280/00, *Altmark Trans* (Fn. 2), Rdnr. 31.

15 EuGH Rs. C-280/00, *Altmark Trans* (Fn. 2), Rdnr. 37 u. 103.

16 EuGH Rs. C-280/00, *Altmark Trans* (Fn. 2), Rdnr. 57.

17 So zuvor schon *Metz*, Finanzierung und Förderung der Betriebskosten des ÖPNV, in: *Kolks* (Hrsg.), *Verkehrswesen in der kommunalen Praxis*, Bd. II, 1998, Rdnr. 577.

18 EuGH Rs. C-280/00, *Altmark Trans* (Fn. 2), Rdnr. 59.

19 Angesichts des Umstandes, dass das BVerwG infolge übereinstimmender Erledigungserklärungen der Verfahrensbeteiligten keine Sachentscheidung in dem zugrunde liegenden Verfahren mehr treffen wird, bleibt die höchstrichterliche Klärung dieser Frage einem zukünftigen Revisionsverfahren überlassen.

20 EuGH, ebda., Rdnr. 60.

21 EuGH, ebda., Rdnr. 61.

22 EuGH, ebda., Rdnr. 61.

23 EuGH, ebda., Rdnr. 65.

24 EuGH, ebda., Rdnr. 77–82.

25 EuGH, ebda., Rdnr. 87.

26 Vgl. EuGH, 22. 11. 2001 – Rs. C-53/00, *Ferring*, *Slg.* 2001, I-9067, *EWS* 2001, 583, Rdnr. 27.

27 EuGH, ebda., Rdnr. 89–93.

werb und ÖPNV anzusehen, dessen Wirkung auch auf die anderen Sektoren der Daseinsvorsorge ausstrahlen wird. Elegant hat der Gerichtshof die beihilfenrechtliche Grundsatzaussage gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen mit den Besonderheiten des konkreten Falls verknüpft. Er hat – im Widerspruch zur früheren Kommissionspraxis<sup>28</sup> – zum einen klargestellt, dass eine Beihilfe ungeachtet ihres rein regionalen oder lokalen Charakters eine Handelsbeeinträchtigung darstellen kann<sup>29</sup>. Das Urteil hat aber auch eine seit längerer Zeit anhaltende Diskussion über Inhalt und Reichweite des Beihilfebegriffs nach Art. 87 Abs. 1 EG im Bereich der Daseinsvorsorge zu einem – zumindest vorläufigen – Abschluss gebracht<sup>30</sup>. Mit der Entscheidung für das sog. „Tatbestandsmodell“ schließt der EuGH an seine Grundsatzentscheidung in der Rechtssache „Ferring“<sup>31</sup> an. Nach der Tatbestandslösung fällt eine staatliche Maßnahme dann nicht unter den Begriff der Beihilfe, wenn die Summe der von der staatlichen Stelle gewährten Vorteile nicht den Betrag der Kosten übersteigt, die sich aus den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ergeben.

Der Gerichtshof stellt sich damit ausdrücklich gegen die von Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen vertretene „Rechtfertigungslösung“, nach der die an die Verkehrsunternehmen gezahlten öffentlichen Zuschüsse stets als Beihilfe zu qualifizieren sind<sup>32</sup>. Der Umstand, dass die Zuschüsse die auferlegten gemeinwirtschaftlichen Lasten abgelten sollten, wird hier also erst auf der Rechtfertigungsebene im Rahmen der Art. 86 Abs. 2 sowie 87 Abs. 2 und 3 EG berücksichtigt<sup>33</sup>. Der entscheidende Unterschied zwischen der Tatbestands- und der Rechtfertigungslösung liegt in der Notifizierung: Während die Mitgliedstaaten nach der Tatbestandslösung keiner Genehmigung nach Art. 88 Abs. 3 EG bedürfen, greift im Rahmen des Rechtfertigungsmodells eben diese Ausführungssperre<sup>34</sup>.

Bemerkenswert ist die Anlehnung an die von Generalanwalt Jacobs im Parallelverfahren „GEMO SA“<sup>35</sup> vertretene Ansicht, durch die der EuGH seinen Ansatz modifiziert. Der Generalanwalt hatte in seinem Schlussantrag als Voraussetzung für eine beihilfefreie Zuschussgewährung verlangt, dass die Finanzierungsmaßnahme „eindeutig eine Gegenleistung für klar definierte Gemeinwohlverpflichtungen“ darstellt, dass also „der Zusammenhang zwischen der von den Mitgliedstaaten gewährten Finanzierung und der auferlegten klar definierten Gemeinwohlverpflichtung unmittelbar und offensichtlich ist“<sup>36</sup>. Die Transparenzanforderungen, die der EuGH in der Rechtssache „Altmark Trans“ mit Blick auf die Gemeinwohlverpflichtung und den dafür zu leistenden Ausgleich postuliert, deuten in eben diese Richtung<sup>37</sup>.

#### IV. Auswirkungen des Altmark Trans-Urteils auf die Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen

Die Antwort auf die Frage nach den Auswirkungen des „Altmark Trans“-Urteils auf die Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen in Deutschland hängt davon ab, ob die Trennung zwischen eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren im Sinne des § 8 Abs. 4 PBefG so klar zu ziehen ist, „dass die Rechtslage für den Einzelnen hinreichend bestimmt und klar ist und ihn in die Lage versetzt, von allen seinen Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen“<sup>38</sup>.

Falls § 8 Abs. 4 PBefG den Grundsätzen der Rechtssicherheit und der Bestimmtheit nicht genügen sollte – wovon der EuGH auszugehen scheint<sup>39</sup> –, wäre die Verordnung 1191/69 vollumfänglich anwendbar. Ein Rückgriff auf die Beihilfevorschriften der Art. 87 ff. EG würde sich dann erübrigen. Die Verordnung 1191/69 wäre dagegen für die eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen unanwendbar, sofern der deutsche Gesetzgeber wirksam teilweise von der Ausnahme des Art. 1 Abs. 2 der Verordnung 1191/69 Gebrauch gemacht hätte. In diesem Fall würde sich die Anschlussfrage nach der Beurteilung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen unter beihilferechtlichen Gesichtspunkten, insbesondere im Hinblick auf die vier vom EuGH aufgestellten Kriterien<sup>40</sup>, stellen.

#### 1. Die Definition des eigenwirtschaftlichen Verkehrs kann Schwierigkeiten bereiten

Mit der Differenzierung zwischen eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen (§ 8 Abs. 4 Satz 1 und 2 sowie § 13 PBefG) und gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen (§ 8 Abs. 4 Satz 3 und § 13a PBefG) existiert zumindest eine klare *begriffliche* Unterscheidung<sup>41</sup>. Zweifelhaft ist indes, ob diese Klarheit auch inhaltlicher Art ist. Die Zweifel sind darauf zurückzuführen, dass § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG zu den eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen auch „Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen“ sowie „sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne“ zählt.

##### a) Die Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen sind gesetzlich eindeutig geregelt

Im deutschen ÖPNV dürfen Zuschüsse für eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen in Form von gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsansprüchen gezahlt werden. Zu diesen Ansprüchen zählen namentlich die Regelungen

- für die begünstigen Fahrten von Schülern und Auszubildenden (§ 45a PBefG)
- für den Verkehr von Behinderten (§ 145 ff. SGB IX)
- für die Investitionsförderung nach dem Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz (GVFG).

28 Vgl. etwa die Beihilfe im Fall „Freizeitbad Dorsten“ (Staatliche Beihilfe Nr. N 258/00 vom 12. 1. 2001).

29 Auch die „de-minimis“-Klausel würde hier nicht greifen. Die einschlägige EG-Verordnung, wonach das EG-Beihilferecht auf Bagatellfälle keine Anwendung findet, ist nämlich auf den Verkehrssektor nicht anwendbar (Art. 2 Abs. 2 der Verordnung Nr. 69/2001, ABIEG Nr. L 10 – „de-minimis“-Verordnung). Vgl. allgemein hierzu Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 81, Rdnr. 77; speziell für den Verkehrssektor Böck/Theobald, EWS 2003, 409 (412).

30 Zur Diskussion vgl. nur Gundel, RJW 2002, 222 ff.; Nettesheim, EWS 2002, 253 ff.

31 EuGH Rs. C-53/00, Ferring (Fn. 26), Rdnr. 27.

32 GA Léger, Schlussantrag vom 19. 3. 2002 – Rs. C-280/00, Altmark Trans (Fn. 2) und Schlussantrag vom 14. 1. 2003, Rdnr. 73 ff., Rdnr. 15 ff.

33 Ebenso schon Wallenberg, in: GS Grabitz, 1995, S. 867 (871).

34 Ausführlich hierzu Franzius, NJW 2003, 3029 f.

35 GA Jacobs, Schlussantrag vom 30. 4. 2002 – Rs. C-126/01, GEMO SA, Rdnr. 95. Vgl. auch EuGH, 27. 11. 2003 – verb. Rs. C-34/01 bis C-38/01, Enirisorse, EWS 2004, 26 m. Besprechungsaufsatz von van Ysendyck/Zühlke, EWS 2004, 16.

36 GA Jacobs, ebda., Rdnr. 119.

37 Vgl. Böck/Theobald, EWS 2003, 409 (412).

38 EuGH Rs. C-280/00, Altmark Trans (Fn. 2), Rdnr. 59.

39 EuGH, ebda., Rdnr. 60 f.

40 Vgl. unter Abschnitt III. 2. b).

41 So auch Zeiss, ZfBR 2003, 749 (751).

Aus dieser Aufzählung geht hervor, dass die gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen insgesamt einen bedeutenden Posten der Finanzierung des Nahverkehrs darstellen<sup>42</sup>.

*b) Die sonstigen Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne umfassen Zuschüsse sowie den Verlustausgleich im Querverbund*

Bei den sonstigen Unternehmenserträgen im handelsrechtlichen Sinne handelt es sich um eine Generalklausel. Mit ihr werden sämtliche Arten von Wertzuflüssen erfasst, die das Eigenkapital erhöhen<sup>43</sup>. Nach der vom Gesetzgeber zugrunde gelegten und bisher praktizierten Auslegung gelten insbesondere auch Zuschüsse des Aufgabenträgers sowie Verlustausgleiche im Rahmen eines steuerlichen Querverbundes als sonstige Erträge im handelsrechtlichen Sinne<sup>44</sup>. Namentlich der steuerliche Querverbund spielt für den deutschen ÖPNV eine erhebliche finanzielle Rolle<sup>45</sup>. Regelmäßig ist der ÖPNV als defizitärer Gewerbebetrieb mit dem profitablen kommunalen Bereich der Energieversorgung organisationsrechtlich zusammengefasst. Es kann dann eine steuerliche Ergebnisverrechnung zwischen dem ertragreichen Energieversorgungs- und dem verlustreichen Verkehrsbereich erfolgen. Der ÖPNV kann aber auch als Eigengesellschaft geführt werden und mit dem kommunalen Bereich der Energieversorgung durch eine sog. Organschaft verbunden sein. In diesem Fall wird eine Ergebnisverrechnung grundsätzlich über eine Holdingstruktur vorgenommen, in deren Rahmen die Verluste des ÖPNV mit den Gewinnen des Energiesektors verrechnet werden. Beide Modelle führen zu einer bedeutenden Senkung der steuerlichen Belastung<sup>46</sup>.

*c) Die Unterscheidung zwischen eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren kann rechtssicher gezogen werden*

Vor dem Hintergrund, dass eine Verkehrsleistung auch dann als eigenwirtschaftlich eingestuft wird, wenn die genannten Geldflüsse erfolgen, scheinen die Zweifel des EuGH an der Rechtsklarheit des § 8 Abs. 4 PBefG bzw. der eindeutigen Trennbarkeit zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren auf den ersten Blick zu überzeugen<sup>47</sup>.

Bei genauerer Betrachtung ergibt sich allerdings, dass eigenwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander stehen: Indem § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG einen unbedingten Vorrang der eigenwirtschaftlichen Verkehre fordert, schließen sie sich gegenseitig aus. Kommt der gemeinwirtschaftliche Verkehr aber nur subsidiär zum Zuge, so kann – entgegen der Auffassung des EuGH – von einem „Wahlrecht des Unternehmers“<sup>48</sup> keine Rede sein. Der Unternehmer stellt lediglich einen Antrag nach § 12 PBefG. Allein die Genehmigungsbehörde entscheidet, ob sie dem Unternehmer eine Genehmigung für eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen nach § 13 PBefG oder eine Genehmigung für gemeinwirtschaftliche Verkehre nach § 13a PBefG i.V.m. der Verordnung 1191/69 erteilt, wobei sie das Rangverhältnis zwischen den beiden Genehmigungen zwingend zu beachten hat<sup>49</sup>. Dies entspricht der jahrelangen Praxis und hat noch – soweit ersichtlich – in keinem Fall zu der vom EuGH aufgezeigten Rechtsunsicherheit geführt. Ist die Genehmigung einmal erteilt, so steht unzweideutig fest, ob sie zur Leistung eigenwirtschaftlicher oder gemeinwirtschaftlicher Verkehre berechtigt.

Die Bedenken des EuGH sind damit unbegründet mit der Folge, dass der deutsche Gesetzgeber die Abgrenzung zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren in § 8 Abs. 4 PBefG europarechtskonform gezogen hat<sup>50</sup>. Die Verordnung 1191/69 ist mithin auf eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen nicht anwendbar. Diese sind vielmehr allein an dem allgemeinen Beihilfetatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG zu messen.

**2. Geldflüsse im Rahmen von eigenwirtschaftlichen Verkehren sind am Beihilfetatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG zu messen**

Nach Art. 87 Abs. 1 EG sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, 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 den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Bevor auf die vier vom EuGH aufgestellten Kriterien<sup>51</sup> zur Konkretisierung des Tatbestandmerkmals der Begünstigung eingegangen wird, ist zu untersuchen, ob die sonstigen in Art. 87 Abs. 1 EG genannten Voraussetzungen gegeben sind.

*a) Die gewährten Mittel sind zum Teil schon nicht unternehmensbezogen*

Fraglich ist dies zum einen mit Blick auf die „staatliche“ Herkunft der gewährten Mittel. Insofern könnte man die Auffassung vertreten, dass der Verlustausgleich im Rahmen des kommunalen Querverbundes mangels Herkunft aus staatlichen Mitteln gar nicht unter den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG fällt. Denn im Querverbund sind regelmäßig Unternehmen zusammengefasst, an denen der Staat lediglich – wenn auch mehrheitlich – beteiligt ist. Angesichts einschlägiger Rechtsprechung des EuGH, die die Zurechenbarkeit von Mittelzuflüssen staatlich beherrschter Unternehmen betrifft<sup>52</sup>, erscheint diese Auffassung allerdings nicht unproblematisch<sup>53</sup>.

Zum anderen könnte es an der Bestimmtheit der Beihilfe fehlen. Das Kriterium der Spezialität ist das entscheidende Tatbestandsmerkmal, um staatliche Fördermaßnahmen, die unterschiedslos der gesamten Wirtschaft zugute kommen, aus dem gemeinschaftlichen Beihilfebegriff auszuschließen.

42 Sie machen bei den eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen regelmäßig etwa 20% – 45% der gesamten Einnahmen aus. Vgl. hierzu *Zeiss, ZfBR* 2003, 749 (752).

43 Vgl. *Schmolke/Deitermann*, *Industrielles Rechnungswesen*, 22. Aufl. 1994, S. 41.

44 Hierzu *Michaels/Theobald*, *Versorgungswirtschaft* 2003, S. 125; *Zeiss, ZfBR* 2003, 749 (752).

45 Im Jahr 1997 wurde die jährliche steuerliche Entlastung der Kommunen auf 0,8 Mrd. bis 1,02 Mrd. DM geschätzt, vgl. den Infobrief des Bayerischen Städtetags 1/1998.

46 Ausführlich *Böck/Theobald*, *EWS* 2003, 409 (414).

47 Daher verneint *Wachinger*, *WiVerw* 2004, 27 (34 ff.) die Rechtsklarheit von § 8 Abs. 4 PBefG und damit dessen Europarechtskonformität.

48 *EuGH Rs. C-280/00, Altmark Trans (Fn. 2)*, Rdnr. 61. Ähnlich *Fielitz/Grütz*, *PBefG*, Stand 4/03, § 8 Rdnr. 9 m. w. N.; *Zeiss, ZfBR* 2003, 749 (752).

49 Ebenso *Elste/Wiedemann*, *WiVerw* 2004, 9 (11).

50 Vgl. nunmehr auch das *OVG Lüneburg*, 16. 9. 2004 – 7 LB 3545/01, Abschnitt II. 1. c), URL: <http://www.dbovg.niedersachsen.de/Entscheidung.asp?Ind=0500020010035457%20LB>. Ebenso *VG Stade*, 16. 9. 2004 – I A 463/03.

51 Vgl. III. 2. b.

52 Vgl. etwa *EuGH*, 16. 5. 2002 – *Rs. C-482/99, Kommission/Frankreich, Slg.* 2002, I-4397, EWS 2002, 370 m. EWS-Kommentar *Bauer* (Stardust Marine), Rdnr. 32 ff.

53 Allgemein hierzu *Streinz* (Fn. 29), Art. 87 Rdnr. 45 f.

den<sup>54</sup>. Dazu gehören nach der allgemeinen Kommissionspraxis beispielsweise allgemeine Infrastruktur- und Fördermaßnahmen, die im Interesse der Allgemeinheit von der öffentlichen Hand vorgenommen werden<sup>55</sup>. Diese Kommissionspraxis wurde im Wesentlichen durch den EuGH bestätigt<sup>56</sup>.

An der Unternehmensbezogenheit könnte es etwa im Rahmen der gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen fehlen. Denn diese Regelungen (§§ 45a PBefG, 145 ff. SGB IX sowie GVFG) begünstigen nicht ein bestimmtes Unternehmen oder einen bestimmten Produktionszweig, sondern legen abstrakt und generell fest, unter welchen Voraussetzungen Unternehmen Anspruch auf eine Ausgleichs- bzw. Erstattungsleistung haben. Dadurch, dass die Unternehmen den begünstigten Verkehr von Schülern, Auszubildenden und Behinderten im Interesse der Allgemeinheit vornehmen, erfolgt auch die Ausgleichsleistung seitens der öffentlichen Hand im Allgemeininteresse. Entsprechendes gilt für die Investitionsförderung nach dem Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz<sup>57</sup>. Es kann damit festgehalten werden, dass die staatliche Mittelgewährung dann nicht gegen Art. 87 Abs. 1 EG verstößt, wenn es ihr – wie etwa im Fall der Ausgleichs- und Erstattungsleistungen – an der Unternehmensbezogenheit fehlt.

#### b) Zum Teil stellen die gewährten Mittel zumindest keine Begünstigung dar

Sofern die übrigen Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 EG gegeben sind, bedarf es der Klärung, ob auch das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung erfüllt ist. Dies wäre zu verneinen, sofern der Kriterienkatalog des EuGH zur Konkretisierung des Begriffs der Begünstigung erfüllt ist.

(1) Das Unternehmen muss mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein

Erstens müsste das begünstigte Unternehmen „mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut“ sein. Der Begriff der „gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen“ ist dabei im Sinne der Art. 16, 86 Abs. 2 EG als „Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“ zu verstehen und nicht mit dem deutschen Begriff der „gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen“ im Sinne des § 13a PBefG zu verwechseln<sup>58</sup>. Dies ergibt sich aus dem Zusammenhang der Ausführungen des EuGH im Urteil „Altmark Trans“<sup>59</sup>. Wollte man anders entscheiden, würde dies der Verordnung 1191/69 zuwider laufen, die gemäß Art. 2 Abs. 1 gerade für öffentlich bezuschusste gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen gilt. In diesem Fall wäre nämlich kein Raum mehr für eine zusätzliche Prüfung anhand des Art. 87 Abs. 1 EG<sup>60</sup>.

Grundlage der Betrauung<sup>61</sup> kann bei eigenwirtschaftlichen Verkehren bereits in der Linienverkehrsgenehmigung gesehen werden<sup>62</sup>. Insofern geht der EuGH selbst davon aus, dass mit der Erteilung der Genehmigung gemeinwirtschaftliche Pflichten (also die Betriebs-, Beförderungs-, Tarif- und Fahrplanpflicht, vgl. Art. 2 Abs. 2 der Verordnung 1191/69) verbunden sind<sup>63</sup>. Dies zeigt sich auch daran, dass der Gerichtshof die Möglichkeit einer Betrauung durch die Genehmigungserteilung bewusst offen lässt, indem er dem *BVerwG* einen entsprechenden Prüfauftrag erteilt<sup>64</sup>.

(2) Die Ausgleichsparameter müssen vor der Mittelgewährung objektiv und transparent aufgestellt werden

Zweitens müssen die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt

werden. Das Transparenzerfordernis entspricht einer allgemeinen Tendenz neuerer Entscheidungen der europäischen Gerichte<sup>65</sup> sowie der Kommission<sup>66</sup> und liegt auf der Linie, die bereits durch die Mitteilung der Kommission über die Daseinsvorsorge<sup>67</sup> vorgezeichnet wurde. Es ist gewahrt, wenn die Ausgleichsparameter für einen Dritten verständlich und nachvollziehbar ausgewählt werden. Das Objektivitätskriterium verlangt zusätzlich eine sachliche, willkürfreie Auswahl. Aufgrund des Erfordernisses, die Parameter *zuvor* festzulegen, sollte die Praxis des Nachverhandelns oder der Wechsel von einem eigenwirtschaftlichen zu einem gemeinwirtschaftlichen Verkehr unbedingt vermieden werden<sup>68</sup>.

(3) Die finanziellen Mittel dürfen nur die anfallenden Kosten ausgleichen

Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was zur Deckung der Kosten für die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen erforderlich ist. Der staatliche Zuschuss darf dem begünstigten Unternehmen im Ergebnis also keinen wirtschaftlichen Vorteil bringen. Er darf vielmehr lediglich eine gleichwertige Gegenleistung für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen darstellen. Mit anderen Worten, die betreffende Maßnahme darf nur die diesbezüglich ungedeckten Kosten des Unternehmers ausgleichen, so dass der betreffende Unternehmer im Verhältnis zu anderen Unternehmern lediglich vergleichbaren Wettbewerbsbedingungen unterworfen wird<sup>69</sup>.

(4) Als Vergleichsmaßstab sind die Kosten eines Durchschnittsunternehmens heranzuziehen

Viertens ist die Höhe des Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte. Welcher Kostenbegriff der Analyse zugrunde zu legen ist, lässt der EuGH bedauerlicherweise offen<sup>70</sup>.

Auf den ersten Blick handelt es sich um einen vergleichsweise milden Kostenmaßstab: Es wird weder der hypothetische Idealunternehmer herangezogen noch auf das „wirt-

54 Ausführlich hierzu *Bacon*, YEL 1997, 269 ff.

55 Vgl. die Mitteilungen der Kommission „Veltin-Tal“, ABIEG 1992 C 324, 3 sowie „Alkalische Salze“, ABIEG 1993 C 59, 4 (5).

56 EuGH, 15. 6. 1993 – Rs. C-225/91, *Matra*, Slg. 1993, 3203.

57 Vgl. *Elste/Wiedemann*, WiVerw 2004, 9 (24 f.).

58 Ebenso *Meyer*, WuW 2004, 1012 (1019 f.).

59 In Rdnr. 47 des Urteils EuGH Rs. C-280/00, *Altmark Trans* (Fn. 2) führt der Gerichtshof aus, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Genehmigungen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen. Zwischen den Parteien des Ausgangsverfahrens war es aber unstreitig, dass es sich gerade nicht um gemeinwirtschaftliche, sondern um eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen handelte.

60 Ebenso *Elste/Wiedemann*, WiVerw 2004, 9 (15).

61 Näher hierzu *Bersch*, WiVerw 2004, 1 (7).

62 Vgl. schon EuGH, 23. 10. 1997 – Rs. C-159/94, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 66. Ebenso *Metz*, *Der Nahverkehr* 10/2003, 24 (28); *Sellmann*, DVBl 2003, 1211 (1212); a. A. *Wachinger*, WiVerw 2004, 27 (47 f.).

63 EuGH Rs. C-280/00, *Altmark Trans* (Fn. 2), Rdnr. 12, 47.

64 EuGH, ebda., Rdnr. 89.

65 So EuGH, 20. 9. 2001 – Rs. C-390/98, *H.J. Banks & Co. Ltd/The Coal Authority*, Slg. 2001, I-6117, Rdnr. 48; EuG, 28. 1. 1999 – Rs. T-14/96, *BAI/Kommission*, Slg. 1999, II-139, Rdnr. 80 ff.

66 Vgl. etwa Europäische Kommission, Entscheidung vom 8. 9. 1999, *Stardust Marine*, KOM 2000/513/EG, Rdnr. 62.

67 Europäische Kommission, Mitteilung betreffend Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABIEG 2001 C 17.

68 Ebenso *Zeiss*, ZfBR 2003, 749 (750).

69 Vgl. schon EuGH Rs. C-53/00, *Ferring SA* (Fn. 26), Rdnr. 27; EuGH, 7. 2. 1985 – Rs. 240/83, *ADBHU*, Slg. 1985, 531, Rdnr. 3.

70 Zu den denkbaren Methoden der Kostenermittlung ausführlich *Elste/Wiedemann*, WiVerw 2004, 9 (17 ff.).



schaftlichste Angebot“ bzw. den „geringsten Zuschussbedarf“ im Sinne des Vergaberechts abgestellt<sup>71</sup>. Ohne es auszusprechen, verweist der EuGH damit auf eine Kostenkontrolle, wie sie in der sektorenspezifischen Regulierung anderer traditionell staatlich beeinflusster Wirtschaftsbereiche anzutreffen ist, namentlich im Telekommunikations- und im Energiebereich. In Anlehnung an das Telekommunikationsrecht kann daher auch an einen betriebswirtschaftlichen Kostenbegriff angeknüpft werden<sup>72</sup>.

Im Vergleich zum Urteil in der Rechtssache „Ferring“ bedeutet die Anlehnung an ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen jedoch eine Verschärfung. Während dort noch die subjektiven, also tatsächlich anfallenden Mehrkosten des in Pflicht genommenen Unternehmens zugrunde gelegt wurden<sup>73</sup>, wird nunmehr auf ein wirtschaftlich vernünftig agierendes Unternehmen abgestellt. Mit dem objektivierten Maßstab hat der EuGH damit die Anforderungen an die Finanzierung des ÖPNV hoch angesetzt.

## V. Zusammenfassung und Ausblick

Im Rechtsstreit Altmark Trans ging es um nichts weniger als um die Gemeinschaftsrechtskonformität des gegenwärtigen Systems der ÖPNV-Finanzierung in Deutschland. Dass der „worst case“<sup>74</sup>, also die Feststellung der Unvereinbarkeit des deutschen Finanzierungsmodells mit dem Europarecht seitens des EuGH, nicht eingetreten ist, darf als Erfolg verbucht werden. Der öffentliche Nahverkehr kann auch in Zukunft subventioniert werden, soweit dies dem Ausgleich besonderer Verpflichtungen für die Allgemeinheit dient, es sich also um gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen handelt. Insbesondere bedarf die öffentliche Bezuschussung keiner aufwendigen Genehmigung durch die Kommission.

Einen weiteren bedeutsamen Erfolg hat das deutsche ÖPNV-System dadurch errungen, dass der EuGH den Ausschreibungswettbewerb nicht als Modell zur Ermittlung der geringsten Kosten für die Allgemeinheit herangezogen hat. Dies ist schon insofern zu begrüßen, als ein solcher Wettbewerb die Gefahr einer Oligopolbildung auf der Verkehrsunternehmerseite mit sich bringt, die mittel- und langfristig mit steigenden Preisen für die kommunalen Aufgabenträger verbunden wäre.

Gleichwohl stellt das Urteil hohe Anforderungen an die ÖPNV-Finanzierung, da ihr nunmehr ein objektivierter Kostenmaßstab zugrunde gelegt werden muss, der manche Verkehrsleistung und ihre Finanzierung in Frage stellen könnte. Für die Praxis ist bemerkenswert, dass die materiellen Anforderungen der vier Kriterien, die der EuGH im Rahmen des Beihilfetatbestandes postuliert, Parallelen zu denen der Verordnung 1191/69 erkennen lassen.

Insgesamt gesehen ist es dem EuGH gelungen, einen Brückenschlag zwischen den spezifischen Belangen der gemeinwirtschaftlichen Dienste und den gemeinschaftsrechtlichen Liberalisierungsbestrebungen herzustellen. Die von ihm eingeschlagene Lösung in Richtung auf einen kontrollierten Wettbewerb ist der Weg, der die Balance zwischen Effizienzförderndem Wettbewerb einerseits und dem Daseinsvorsorgeauftrag des Staates andererseits bestmöglich zu gewährleisten vermag.

71 Dazu Böck/Theobald, EWS 2003, 409, 413.

72 Zum betriebswirtschaftlichen Kostenbegriff im Telekommunikationsrecht vgl. nur Scheuerle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 2002, § 24 Rdnr. 3 ff.

73 EuGH Rs. C-53/00, Ferring SA (Fn. 26), Rdnr. 27.

74 Vgl. Zeiss. ZfBR 2003, 749.