

# ÖPNV-Finanzierung und Wettbewerb

Zugleich Anmerkung zu EuGH, 24. 7. 2003 – Rs. C-280/00, TranspR 2003, 355 (in diesem Heft)

Dr. Felix Berschin, Heidelberg

Ein inzwischen zehnjähriger Streit<sup>1</sup> um das im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) anwendbare Recht ist auch mit dem vorliegenden EuGH-Urteil nicht zu Ende. Vielmehr gibt dieses trotz der Klärung der Rechtslage in wesentlichen Punkten den »schwarzen Peter« der Liberalisierung im ÖPNV<sup>2</sup> nun an das BVerwG wieder zurück. Es geht nun darum, ob die nationalrechtliche Interpretation des PBefG durch das BVerwG eine rechtssichere Teilbereichsausnahme ist oder nicht. Während interessierte Verbände wie der Verband der öffentlichen Verkehrsunternehmen (VDV) in ersten Stellungnahmen<sup>3</sup> die Zweifel des EuGH an der Einhaltung der Kriterien der Rechtssicherheit (Rn. 60 – 62) für »unverständlich« halten, zumal das BVerwG keine Schwierigkeiten hatte (bei seiner nationalen Rechtsauslegung) zwischen den beiden Marktzugangsformen zu unterscheiden, zeigt eine nähere Analyse des Urteils, daß der EuGH gewichtige Gründe hat, die nachträgliche Anreicherung des PBefG durch das

- 1 Zum inzwischen nur noch »Magdeburg-Urteil« genannten Urteil des OVG Sachsen-Anhalt vom 7. 4. 1998, TranspR 1999, 27 ff. siehe nur OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 10. 11. 1998, 7 A 12844/97. OVG (abgedruckt in: *Barth/Baumeister/Berschin/Werner*, Recht des ÖPNV, D3); VG Freiburg, Beschl. v. 12. 11. 1999, 3 K 2269/99, S. 4 f. der Gründe; *Berschin*, TranspR 1999, 33 ff.; *Baumeister*, LKV 1999, 12 ff.; *Barth*, ZUR 1998, 215 ff.; diess., Nahverkehr in kommunaler Verantwortung S. 239 ff.; *Burgbacher*, TranspR 1999, 1 ff.; *Werner*, Nach der Regionalisierung, S. 165 ff.; ders., in: *Barth/Baumeister/Berschin/Werner* (Hrsg.): Recht des ÖPNV, A4 Rn. 99 ff.; *Hermes*, in: Koch (Hrsg.): Rechtliche Instrumente einer dauerhaft umweltgerechten Verkehrspolitik, S. 147 (159 f.), Meyer, DVBl. 1999, 1409 (1410); *Landsberg*, Einfluß des Gemeinwesens, S. 29 ff.; *Neusinger*, ZKF 2000, 242 (243 f.); *Dippel/Wilhelm*, WiVerw 2001, 120 (131 f.); *Spuler*, LKV 2001, 252 (253), *Roth*, NVwZ 2001, 616 (618); *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 341 f.; *Fehling*, Die Verwaltung 2001, 25 (38); *Hoffmann-Klein/Noch*, DÖV 2002, 422 (423 f.); *Wolf*, Verkehr und Technik 2002, 202 – alle zustimmend. Ablehnend: R.M., Bus&Bahn, 7–8/1998, 2; *Metz*, in: Kolks (Hrsg.): Verkehrswesen in der kommunalen Praxis II, 320 (362); *Ronellenfisch*, DÖV 1999, 705 (710); *ders.*, VerwArch 2001, 131, 293 (312).
- 2 Hierzu siehe *Berschin*, Verkehr und Technik 2000, S. 469 (470).
- 3 Rundschreiben VPV 25/2003 vom 25. 7. 2003.



BVerwG mit einem vermeintlichen Wahlrecht des Unternehmers als ein rechtssicheres Gebrauchmachen von der Teilbereichsausnahme in Frage zu stellen.

Bevor hier jedoch näher darauf eingegangen wird, sind mehrere zuvor intensiv bestrittene Sachverhalte herauszustellen:

### 1. Anwendungsvorrang der VO (EWG) Nr. 1191/69

Unabhängig von den Finanzierung bekräftigt der EuGH den Anwendungsvorrang der VO<sup>4</sup> (Rn. 43 – 46) auch auf alle sonstigen Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes. Da nämlich Genehmigungen nach deutschem Recht mit einer Betriebs- (§ 21 PBefG), Beförderungs- (§ 22 PBefG) und Tarifpflicht (§ 39 PBefG) verbunden sind (Rn. 12) unterliegen sie schon deswegen dem Anwendungsbereich der VO (Rn. 47). Denn die VO gewährt als Primäranspruch die Befreiung von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes (Art. 1 III VO) und wendet sich daher auch gegen die dort in Art. 2 genannten Ausprägungen der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes in der Form der Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflicht. Alternativ erlaubt aber die VO im ÖPNV Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes beizubehalten oder neu aufzuerlegen (Art. 1 V und Abschnitte II, III und IV) bzw. zu vereinbaren (Art. 1 IV und Abschnitt V). Soweit die Pflichten mit dem kaufmännischen Interesse eines Unternehmens nicht übereinstimmen (Art. 5 I und II), entsteht ein Ausgleichsanspruch, d. h. daß die nicht ausgleichsfähigen Pflichten zwar beibehalten werden können und trotzdem kein Ausgleichsanspruch auslösen. Dies wird man für die im PBefG geregelte Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflicht annehmen müssen. Sie beziehen sich nämlich nur auf die Einhaltung eines selbst gewählten (Antrag nach § 12 PBefG) Bedienungsprogramms mit selbst festgelegten Preisen. Wird dieses Programm unzumutbar, so besteht ein Recht auf Entbindung (§ 21 IV PBefG) bzw. auf Tarifierhöhung (§ 39 II 2 PBefG), beidem kann die öffentliche Hand nur durch dann ausgleichspflichtige neue – vom Unternehmerantrag nun abweichende – Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes entgegenwirken. Daraus läßt sich ableiten, daß der allgemeine Anwendungsvorrang der VO nicht mit dem Genehmigungssystem des PBefG kollidiert.

Der Anwendungsvorrang der VO wird aber nach Ansicht des EuGH dort verletzt, wo Zuschüsse für der Sache nach Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes geleistet werden, ohne daß die Regelung der VO – Auferlegungen oder Vertrag – eingehalten werden. Bereits das BVerwG hat mit seiner allgemeinen Vorlagefrage (wiedergegeben Rn. 30) deutlich gemacht, daß es einen Zusammenhang zwischen der Vergabe von Linienverkehrsgenehmigungen für Verkehre im ÖPNV, die zwingend auf Zuschüsse angewiesen sind, und dem Anwendungsvorrang der VO sieht. Zwar geht es streitgegenständlich nur um vertragliche Betriebskostenzuschüsse eines Landkreises, jedoch läßt der gesamte Urteilstenor des EuGH erkennen, daß jedwede Finanzierung, die für Verkehrsleistungen gedacht ist und nicht von Fahrgästen stammt, am Rahmen der VO und hilfsweise am Beihilferecht zu messen sind. So spricht Rn. 47 von Zuschüssen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen. Wenn der Sache nach also Zahlungen der öffentlichen Hand vorliegen, die dem Unternehmen dazu verhelfen sollen, gemeinwirtschaftliche Verkehrsdienste vorzuhalten, so müssen diese an der VO gemessen werden. Geschieht dies nicht, so sind sowohl Finanzierungen, als auch Genehmigungen schon deswegen unver-

einbar mit dem Europarecht (Rn. 65) und daher nach nationalem Recht rechtswidrig, was gerade bei Genehmigungen die zwingende Rücknahme zur Folge haben müßte, um das Marktzugangsverfahren zu eröffnen, das im Einklang mit dem Europarecht steht (§ 13a PBefG).

### 2. Teilbereichsausnahme?

Diese sehr harte Rechtsfolge ließe sich in der Tat nur vermeiden, wenn sich die Genehmigungen nach § 13 PBefG auf eine rechtssichere Teilbereichsausnahme stützen könnten. Liest man unbefangen das nationale Recht »soweit eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht eigenwirtschaftlich möglich ist«: § 8 IV 3 PBefG und die Ausnahmebestimmung des Art. 1 I UA 2 der VO »können Unternehmen, deren Tätigkeit ausschließlich auf den Betrieb von Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdiensten beschränkt ist, ausnehmen«, so fällt auf, daß beide Formulierungen so gut wie nichts gemeinsam haben. Weder grammatikalisch, noch systematisch kann die deutsche Regelung als Minus zu der europäischen Ausnahmebestimmung gewertet werden. Im Gegenteil die Voraussetzung einer »ausreichenden Verkehrsbedienung« kennt die VO gar nicht, sie wird nur bei Verkehrsverträgen nach Art. 1 IV der VO und bei der Beibehaltung von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes nach Art. 3 I der VO als Maßstab der zu wählende Lösung genannt. Das heißt, der Anspruch auf Aufhebung von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes, hilfsweise die Abgeltung zulässig auferlegter Verpflichtungen öffentlicher Dienste ist unabhängig von einem Angebot ausreichender Verkehrsbedienung. Er ist auch unabhängig davon, ob ein Unternehmen im nationalen Sinne weit verstandene eigenwirtschaftliche Leistungen anbieten will. Insofern ist bereits nach dem deutschen Rechtssystem ausgeschlossen, daß § 8 IV 3 PBefG einen Teil der in Art. 1 I UA 2 der VO normierten Ausnahmemöglichkeit bezeichnet.<sup>5</sup> Allerdings hat das BVerwG versucht diese kaum möglichen Zusammenhang zwischen beiden Normen zur Auslegung dem EuGH zuzuweisen, indem es beide Bestimmungen in eine Parallele bringt. Zur Begründung führt aber das BVerwG nur den wenig überzeugenden Verweis auf das »komplizierte Normengeflecht des Europarechts mit Verboten, Ausnahmen und Rückausnahmen« an. Die direkte Bezeichnung § 8 IV 3 PBefG als »Teilbereichsausnahme« findet sich aber erst in den Akten in einer angeblichen Erklärung der Bundesregierung.<sup>6</sup> Interessanterweise antwortet allerdings der EuGH auf den ersten Teil der dritten Vorlagefrage nicht, sondern konzentriert sich auf

4 Bereits GA Léger hatte in seinem Schlußantrag vom 19. 3. 2002, Fn. 24 der Theorie der optionellen Anwendbarkeit der VO eine Absage erteilt. Zum materiellen Anwendungsvorrang der VO bereits *Berschin*, ZUR 1997, 4 (7) und ders., in: *Barth/Baumeister/Berschin/Wermer*, Recht des ÖPNV, A2 Rn. 85.

5 Siehe auch: *Wachinger*, Der Marktzugang im ÖPNV im Zeichen des Wettbewerbs, Diss. 2003, Veröffentlichung in Vorbereitung, § 8 III 3 b) dd) und *Berschin*, Verkehr und Technik, 2000, 469 (472).

6 Der Schlußantrag GA Léger vom 19. 3. 2002, Fn. 22 stützt sich auf entsprechende Erklärungen der Bundesregierung. Tatsächlich hat aber das Ministerium für Verkehr, Bau und Wohnungswesen nur erklärt: »Von der in 1 I UA 2 der VO vorgesehenen Möglichkeit, die Unternehmen, deren Tätigkeit ausschließlich auf den Betrieb von Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdiensten beschränkt ist, vom Anwendungsbereich der Verordnung auszunehmen, hat Deutschland nur bis zum 31. 12. 1995 Gebrauch gemacht«. Ansonsten wurde diese »Erfindung« bereits auch von den Justitiären des Verbands Deutscher Verkehrsunternehmen propagiert. *Metz*, in: *Kolks* (Hrsg.): Kommunales Verkehrswesen in der Praxis II, S. 322 (361 f.).

den zweiten Teil der dritten Vorlagefrage, indem er sie zur Frage nach der abstrakten Möglichkeit einer Teilausnahme umformuliert.<sup>7</sup> Sodann konzentriert er sich darauf, ob die unterstellte Teilausnahme Sinn und Zweck der VO zuwiderläuft (Rn. 5 f ff.). Ob die Auslegung des § 8 IV 3 PBefG überhaupt ein Gebrauchmachen einer Teilausnahme von Art. 1 I UA 2 der VO ist, läßt der EuGH offen (Rn. 51).

Im weiteren unterstellt der EuGH, daß die mögliche Interpretation des § 8 IV 3 PBefG eine geringere Anzahl von Verkehrsdiensten nun von der VO ausnimmt, so daß dies dem Ziel den Ausnahmereich von der VO zu reduzieren entgegenkommt (Rn. 55 f.).<sup>8</sup> In tatsächlicher Hinsicht ist dies bekanntermaßen falsch, da die Verwaltungspraxis in Deutschland seit 1996 alle zwingend auf öffentliche Zuschüsse angewiesenen Verkehrsleistungen als eigenwirtschaftlich betrachtet und damit der Anwendungsvorrang der VO nicht zur Geltung kommt. Im Gegenteil: Von eigenwirtschaftlichen Genehmigungen profitieren auch Unternehmen, die gar nicht unter dem Ausnahmereich der VO nach Art. 1 I UA 2 fallen können (z. B. Unternehmen im kommunalen Querverbund aus Versorgung und Verkehr<sup>9</sup>, Tochterunternehmen der Deutschen Bahn AG). Letztlich geht der EuGH hierüber hinweg und unterstellt bei einer tatsächlichen Verkleinerung des Ausnahmereichs von der VO die Möglichkeit einer Teilbereichsausnahme (Rn. 57). Ob tatsächlich der Anwendungsbereich verkleinert ist und § 8 IV 3 PBefG ein Minus zu Art. 1 I UA 3 der VO darstellt, beantwortet der EuGH aber nicht<sup>10</sup>, sondern gibt diese Frage damit implizit an das BVerwG zurück. Aber nicht nur diese Zurückhaltung, sondern v. a. die in den Rn. 58 bis 63 niedergelegten »Segelanweisungen« für das BVerwG machen deutlich, daß auch der »Rettungsanker«, in § 8 IV 3 PBefG eine Teilbereichsausnahme hineinzuinterpretieren, versagen muß.

Denn der EuGH stellt den Grundsatz auf, daß im nationalen Recht klar geregelt sein muß, wann und im welchen Umfange von einer Ausnahmemöglichkeit nach europäischem Sekundärrecht Gebrauch gemacht wird (Rn. 58). Mit diesem »Zitiergebot« soll erreicht werden, daß auch die Geltung des Gemeinschaftsrecht für den Gemeinschaftsbürger ohne weiteres erkennbar ist (Rn. 59), und nicht Rechtssysteme geschaffen werden, die Gemeinschaftsrecht je nach Opportunität als anwendbar erklären. Damit verschärft der EuGH den in ständiger Rechtsprechung – v. a. im Hinblick auf unzureichende Umsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien – gefestigte Rechtsprechung zur Rechtssicherheit (vgl. Rn. 59). In der für EuGH.-Judikate ungewöhnlichen Schärfe verwirft dabei der EuGH, den Versuch § 8 IV 3 PBefG als Teilbereichsausnahme zu interpretieren. Er hat nämlich im Vorlagebeschluß »eine Reihe von Indizien gefunden, die den vom EuGH aufgestellten Grundsatz der Rechtssicherheit zuwiderlaufen«. Er nennt

- Sprachliche Zuordnung von eigentlich gemeinwirtschaftlichen Verkehren zu den eigenwirtschaftlichen Verkehren (Rn. 61 Satz 1),
- Das letztliche Leerlaufen der VO, da der praktisch durchweg defizitäre ÖPNV von den Unternehmen immer in der Eigenwirtschaftlich gehalten würde (Rn. 61 Satz 2),
- Die Zuordnung des Tatbestandes »auf Zuschüsse angewiesene Verkehre« zu zwei verschiedenen Rechtsfolgen (eigen- bzw. gemeinwirtschaftliche Genehmigung). Damit wäre insbesondere für Dritte nicht erkennbar, unter welches Genehmigungsregime entsprechende Genehmigungen fallen. (Rn. 62)

Damit wird die gesamte Theorie des Wahlrechts des Unternehmers zerstört und letztlich auch gemeinschaftsrechtlich deutlich gemacht, daß das, was bereits nach Art. 12 I GG absolute Notwendigkeit ist<sup>11</sup>, nämlich die Festlegung eines eindeutigen Marktzugangsverfahrens bei gegebenem Tatbestand, auch gemeinschaftsrechtlicher Standard ist.

### 3. Die Anwendbarkeit des Beihilferechts

In Anbetracht des Streits über den letzten Rettungsanker Teilbereichsausnahme ist der andere Paukenschlag des EuGH fast ungehört verhallt. Die vollständige und ausnahmslose Anwendung des Beihilferechts auf den ÖPNV – sofern man sich nicht an die VO hält – ist ganze sechs Randnummern Text wert (Rn. 77 – 82).<sup>12</sup> Hier wird deutlich, daß es bei der öffentlichen Finanzierung von Verkehrsleistungen keine nationalen Reservate (mehr) gibt, im Vorlagebeschluß ging es immerhin um den nicht sonderlich kosmopolitischen Landkreis Stendal. Die umfassende Anwendbarkeit des Beihilferechts hat auch zur Folge, daß Finanzierungen wie Zuschüsse zur Schülerbeförderung nach § 45a PBefG, zu Fahrzeugbeschaffungen/Betriebshofbauten nach GVFG oder auch für sogenannte »verbundbedingte Lasten« am Maßstab des europäischen Beihilferechts zu messen sind, wenn sie nicht bereits in Verträge oder Auferlegungen nach der VO eingebettet sind.

Die Verschärfung des Beihilferechts ergibt sich aus dem weiteren Umstand, daß der EuGH den Art. 73 EG durch Sekundärrecht (neben der VO (EWG) Nr. 1191/69 auch die VO (EWG) Nr. 1107/70) im Bereich der Abgeltungen präzisiert ansieht (Rn. 107 f.).<sup>13</sup> Daher kann für Abgeltungsbeihilfen nicht mehr auf Art. 73 EG zurückgegriffen werden. Damit ergibt sich, daß alle Finanzierungen, die nicht unter die VO (EWG) Nr. 1191/69 fallen und die mangels Erfüllung der nachfolgenden vier Kriterien »Beihilfen« darstellen, gemäß Art. 5 I VO (EWG) Nr. 1107/70 notifizierungspflichtig sind und nur nach Art. 3 Nr. 2 VO (EWG) Nr. 1107/70 von der Kommission genehmigt werden können.

<sup>7</sup> Siehe hierzu bereits Schlußantrag GA Léger vom 19. 3. 2002, Rn. 35.

<sup>8</sup> So bereits auch der Schlußantrag GA Léger vom 19. 3. 2002, Rn. 51.

<sup>9</sup> Die Behauptung, »ausschließlich tätig« beziehe sich nur auf Verkehrsleistungen – so Heinze, Rechtsgutachten zur Auslegung der VO (EWG) Nr. 1191/69 (1994), S. 51 des Umdrucks – ist abwegig, vgl. Fromm, TranspR 1992, 256 (260).

<sup>10</sup> Hingegen wollte GA Léger, Schlußantrag vom 19. 3. 2002, Rn. 52 f., 127 diese Frage eindeutig zu Gunsten einer wirksamen Teilbereichsausnahme beantworten. Die Kriterien der Rechtssicherheit sind bei ihm nicht genannt, so daß auch in diesem Punkt das Urteil deutlich vom Plädoyer des GA abweicht.

<sup>11</sup> Siehe hierzu Dippel/Wilhelm, WiVerw 2001, 120 (131 f.); Berschin, Verkehr und Technik 2000, 469 (471) und Werner, in: Barth/Baummeister/Berschlin/Werner, Recht des ÖPNV, A4 Rn. 102.

<sup>12</sup> Bis zuletzt wurde die Nichtanwendbarkeit des EG-Beihilferechts auf den ÖPNV gefordert, da dieser nur örtliche Sachverhalte betreffe: Metz, in: Kolk (Hrsg.), Verkehrswesen in der kommunalen Praxis II, S. 322 (328); Muthesius, in: Brede (Hrsg.): Wettbewerb in Europa und Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 119 (127); Eberlein, Internationales Verkehrswesen 2000, 321 (323).

<sup>13</sup> Bereits bisher traten für eine vollständige Ausfüllung des Art. 73 EG durch Sekundärrecht ein: Erdmenger, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EGV, Art. 77 Rdnr. 14; Berschin, ZUR 1997, 4 (5); Wägenbauer, ZHR 1968, 217 (237); Eiermann, in: Kunz (Hrsg.): Das Bundesrecht, Eisenbahnrecht C 3.6. Art. 1 und 1 Anm. 1; Werner, Nach der Regionalisierung, S. 39 ff. und 57; Barth, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 119 sowie GA Léger, Schlußantrag vom 19. 3. 2002, Rn. 115 f. A.A. Jung, TranspR 1998, 133 (145); Frohnmeier, in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 77 a. F. Rn. 8; Lange, Verkehr und öffentliches Recht, S. 324 f.

#### 4. Die vier Kriterien

Die in den Rn. 89 – 93 neu aufgestellten »vier Kriterien« zur Beurteilung von angemessenen Ausgleichszahlungen (Ausgleichsansatz) stellen den rechtswissenschaftlichen Kern des Urteils dar und werden für zahlreiche Dienstleistungen der Daseinsvorsorge von großer Bedeutung sein. Gleichwohl ist es eher ein zeitlicher Zufall, daß ausgerechnet die ÖPNV-Branche nun zur Herleitung derartiger Entwicklungen dient, denn die ÖPNV-Branche hat gemeinschaftsrechtlich spezielle Abgeltungsregelungen. Man darf sogar dem EuGH unterstellen, daß er bewußt die Frage der Teilbereichsausnahme offen lassen wollte (Rn. 65), um überhaupt noch auf die von vielen Seiten erwartete Klärung zwischen Tatbestandslösung (GA Léger<sup>14</sup>) und Ausgleichsansatz (GA Jacobs, GA Stix-Hackl<sup>15</sup>) eingehen zu können. Von den derzeit drei anhängigen Verfahren zu Dienstleistungen der Daseinsvorsorge war das hier zu besprechende Urteil das erste, und der EuGH wollte sich offensichtlich die Gelegenheit nicht entgehen lassen, nun hier zur Grundsatzklärung beizutragen.

Für den ÖPNV werden wie ausgeführt die neuen »vier Kriterien« keine Relevanz haben, da die VO (EWG) Nr. 1191/69 umfassenden Anwendungsvorrang genießt. Aber selbst wenn man diese Kriterien auf die ÖPNV-Finanzierung anwendet, dürfte dies eine revolutionäre Umgestaltung der ÖPNV-Finanzierung bewirken.<sup>16</sup> Die Pflicht zur Betrauung (Rn. 89) und zur Vorabfestlegung des Ausgleichs (Rn. 90f.) kollidiert mit der Praxis der nachträglichen Defizitübernahme durch den kommunalen Querverbund und/oder kommunalen Eigentümer. Die Angemessenheit des Ausgleichs kann am besten durch Ausschreibungen gewonnen werden, womit kein Unterschied letztlich zu den gemeinwirtschaftlichen Genehmigungen nach § 13a PBefG bestände. Wird hingegen nicht ausgeschrieben, so erfordert das vierte Kriterium kumulativ ein »durchschnittliches« und »gut geführtes« Unternehmen. Daraus wird man schließen müssen, daß der Durchschnitt nur aus den gut geführten Unternehmen heraus gemessen werden darf. Gut geführte Unternehmen sind letztlich solche, die sich im Wettbewerb behaupten können. Damit zeigt sich auch hier, daß die meistens über Wettbewerbsniveau produzierenden kommunalen Verkehrsunternehmen kaum auf die Einhaltung der Kriterien hoffen können.

#### 5. Ausblick

Es ist nicht unwahrscheinlich, daß das BVerwG in der Sache gar nicht mehr entscheiden wird, da die angefochtene Genehmigung zum 31. 10. 2002 ausgelaufen ist. Wenn nicht ein Antrag über ein Fortsetzungsfeststellungsurteil (§ 113 I 4 VwGO) erfolgt, so könnte die Sachentscheidung in der Kostenentscheidung versteckt sein. Ansonsten ist damit zu rechnen, daß alsbald erst- und zweitinstanzliche Verwaltungsgerichtsurteile hier Klarheit schaffen. Nicht ausgeschlossen ist aber auch eine Klärung durch Zivilgerichte im Rahmen von Unterlassungsklagen nach UWG, denn das planmäßige Hinwegsetzen über europäische Beihilfeverbote bietet nun auf der Grundlage der EuGH-Entscheidung auch im PBefG nun Raum für entsprechende Konkurrentenklagen.

Insofern ist es nun im zehnten Jahr nach der Regionalisierung des ÖPNV an der Zeit, klare gesetzliche Verhältnisse zu schaffen. Ein zurück zur Teilbereichsausnahme gibt es nicht mehr, da diese nur eingeschränkt im Hinblick auf das Ziel deren Abschaffung in Gebrauch genommen werden darf. Ein Rückschritt hinter den einmal erreichten Stand ist ausgeschlossen.<sup>17</sup> Insofern spricht alles dafür, § 8 IV 2 PBefG zu streichen und eigenwirtschaftliche Verkehre wieder das sein zu lassen, was jedermann hierunter verstehen würde, Verkehre die sich ausschließlich durch Beförderungserträge am Markt finanzieren. Alles andere ist ein Fall für die VO (EWG) Nr. 1191/69. Mit einem behutsamen Austarieren der Optionen »Auferlegung« und »Verkehrsvertrag« läßt sich ein geordneter Übergang in die Vertragswirtschaft im ÖPNV realisieren, an deren Ende die Ausschreibung aller Verkehrsleistungen steht.

14 Schlußanträge vom 19. 3. 2002, Rn. 58 – 98 und vom 14. 1. 2003, Rn. 13 – 96.

15 Schlußanträge des GA Jacobs in der Rs. C-126/01 – »Gemo« vom 30. 4. 2003 Rn. 102 ff. und der GA' Stix-Hackl in den verb. Rs. C-34 bis 38/01 – »Enirisorse« Rn. 154 ff.

16 Siehe hierzu *Kühling/Wachinger*, Urteilsanmerkung in NVwZ 10/2003.

17 Schlußantrag GA Léger vom 19. 3. 2002, Rn. 43.