

Ref. jur. Felix Berschin (Heidelberg)

Europäisches Recht der Finanzierung im ÖPNV bringt Wettbewerb um die Subventionen

Die deutsche Praxis der ÖPNV-Finanzierung auf dem Prüfstand des EG-Rechts

Das europäische Recht erfaßt immer mehr Lebensbereiche. So ist die Finanzierung des öffentlichen Nahverkehrs Gegenstand von Regelungen "aus Brüssel". Es soll im Rahmen des Binnenmarktes ein Wettbewerb zur effizienten Vergabe von Subventionen geschaffen werden. Dies kollidiert mit den nationalen Bestrebungen, die an der Finanzierung des vorhandenen Unternehmers festzuhalten versuchen.

A. Die europäischen Vorgaben

Die hergebrachte nationale Rechtsordnung, die im wesentlichen im AEG und PBefG niedergelegt ist, wird zunehmend überlagert durch das europäische Recht. Hierbei erlangen zahlreiche Vorschriften des EG-Vertrags und des sekundären Gemeinschaftsrechts erhebliche Bedeutung für den ÖPNV, insbesondere die öffentliche Finanzierung im ÖPNV.

I. Der EG-Vertrag

1. Beihilfeverbot Art. 92 EGV

Art. 92 I EGV verbietet Beihilfen, die geeignet sind, den Wettbewerb zu verfälschen und dadurch den Handel zwischen den Vertragsstaaten zu beeinträchtigen drohen¹. Beihilfen sind alle von der öffentlichen Hand geleisteten Zuwendungen außerhalb von Austauschverträgen². Geeignet zur Wettbewerbsverfälschung sind Beihilfen, die nicht allen Unternehmen in gleicher Weise zugänglich sind. Daher fallen die gesetzlichen Erstattungsansprüche (§ 6a AEG, § 45a PBefG, § 62 SchwbG) und auch Subventionen nach Gemeindeverkehrsfinanzierungsgesetz (GVFG) nicht unter das Beihilfeverbot des Art. 92 I EGV, sofern sichergestellt ist, daß diese Beihilfen jedem Unternehmen diskriminierungsfrei gewährt werden³.

Andere Formen der öffentlichen Finanzierung im ÖPNV außerhalb von Austauschverträgen - zu nennen sind hier Verlustabdeckung, Zuschüsse für Fahrplan- und/oder Tarifangebote (incl. "verbundbedingter Lasten" und Einnahmegarantien), Gesellschaftereinlagen⁴, Verwendung von Gewinnen im kommunalen Querverbund - sind nach Art. 92 I EGV dann zulässig, wenn sie den zwischenstaatlichen Handel nicht beeinträchtigen. Eine Handelsbeeinträchtigung liegt nicht schon deswegen vor, weil Verkehrsdienste typischerweise ortsgebunden erbracht werden; vielmehr können im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit des Art. 59 EGV Verkehrsdienste auch von ausländischen Unternehmen erbracht werden können, sei es im Grenzgebiet durch Betriebsausdehnungen oder international durch Bildung von Konzernen mit örtlichen Niederlassungen⁵. In Anbetracht des niedrigen Schwellenwertes für die Ausschreibungspflicht von Dienstleistungsverträgen⁶ durch die öffentliche Hand und der explizit nicht gegebenen Freistellung kleinerer Verkehrsbeihilfen von der Meldepflicht an die Kommission ist davon auszugehen, daß der größte Teil öffentlicher Zuschüsse im ÖPNV dem prinzipiellen Beihilfeverbot des Art 92 I EGV unterliegt⁷.

¹ Es reicht der potentielle Wettbewerb: EuGHE 91, 350 Ziff 32

² HER-Wenig 1 A 50 Art. 92 RNr 5 ff.; H-W. Rengeling, Beihilferecht S. 30 ff.

³ EuGHE 1983, 2525 (2531). Dies hat C. Heinze, Zur Auslegung der EG-VO 1893/91 - Rechtsgutachten für den VDV, S. 71 verkannt und sie daher für nicht relevant im Rahmen der EG-Verordnungen gesehen

⁴ Diese sind nur dann keine Beihilfe, wenn sie von einem gedachten gewissenhaften Kaufmann geleistet würde (Sanierungsleistungen): EuGHE 1984, 3809

⁵ Solange die Kabotage noch nicht anwendbar ist, sind hierzu örtliche Niederlassungen erforderlich; vgl. Vorschlag zur Freigabe der Kabotage der EG-Kommission in BT DS 13/4953

⁶ 100 TDM Zuschuß pro Jahr: Art. 6 V DKR

⁷ Dies übersieht R. Batzill, Unausweichlicher Wettbewerb, Der Nahverkehr 1-2/95 S: 81 ff., wenn er Artt. 77 und 92 EGV nur für Beihilfen im grenzüberschreitenden Verkehr für anwendbar hält

2. Ausnahme nach Art. 77 EGV

Nach Art. 77 EGV sind Beihilfen ausnahmsweise zulässig, wenn sie Belastungen ausgleichen, die sich aus der Erfüllung von im öffentlichen Interesse erbrachten Leistungen ergeben. Zum Erbringen des "service public" - Dienstleistungen im öffentlichen Interesse, die sich nicht mit dem unternehmerischen Interesse decken⁸ - bedient sich der Staat privater Unternehmen, die Leistungen erbringen, entweder durch Verleihen von Ausschließlichkeitsrechten und / oder durch spezifische Abgeltungen finanziert. Entscheidend ist, daß diese Leistungen an das spezifische öffentliche Interesse der Sicherstellung der Daseinsvorsorge gebunden sind.

Art. 77 EGV stellt nur "bestimmte" Beihilfen von Art. 92 I EGV frei. I.V.m. Art. 75 I und 94 EGV ergibt sich, daß der Rat diesen Artikel ausfüllt.

II. Sekundäres Gemeinschaftsrecht

1. Die Konkretisierung des Art. 77 EGV

Der Art. 77 EGV ist vollständig durch die Harmonisierungsentscheidung 65/271⁹, die VO 1107/70¹⁰ und 1191/69¹¹ ausgefüllt¹². Dies ergibt sich aus Art. 3 I und Erwägungsgrund 5 der VO 1107/70, sowie Art. 9 I der Harmonisierungsentscheidung. Demnach sind Beihilfen aufgrund von Art. 77 EGV im Landverkehrsbereich nur noch in folgenden Fällen zulässig:

- a) im Regionalverkehr¹³, sofern sie zur Sicherstellung der ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen unerlässlich sind (Art. 1 V 1 EG VO 1191/69 i.d.F. 1893/91),
- b) im Personenverkehr für Tarifiermäßigungen, die im Interesse bestimmter sozialer Gruppen vorzuhalten sind (Art. 1 VI EG VO 1191/69 i.d.F. 1893/91),
- c) für Unternehmen, die ausschließlich im Regionalverkehr tätig sind, sofern die Mitgliedstaaten diese von der VO 1191/69 i.d.F. 1893/91 gemäß deren Art. 1 I Satz 2 ausnehmen; dies folgt aus Art. 3 Nr 2 VO 1107/70.

Letztere Ausnahme ist in Deutschland gegenstandslos¹⁴.

Ansonsten bestehen keine Freistellungen nach Art. 77 EGV mehr, insbesondere auch nicht für in der EG-VO nicht enthaltene Verpflichtungen des öffentlichen Dienste¹⁵. Vielmehr wird mehrfach darauf hingewiesen, daß das öffentliche

⁸ R. Kovar: Droit communautaire et service public, RTD eur. 1996, 215, 229 ff.

⁹ Entscheidung des Rates vom 13.5.65 ABl. S. 1500

¹⁰ VO vom 4.6.70 ABl. Nr L 130 S. 1 geändert durch VO vom 20.5.75 ABl. Nr L 152 S. 1

¹¹ VO vom 28.6.69 ABl. Nr L 156 S. 1 geändert durch VO 1893/91 vom 20.6.91 ABl. Nr L 169 S. 1

¹² So auch HER-Erdmenger I A 50 Art. 77 RNr 14

¹³ Der Begriff entspricht dem der EG-Vorschriften, er ist mit dem Begriff des ÖPNV gleichzusetzen

¹⁴ Vgl. das Enddatum 31.12.95 § 3 der VO zur Festlegung des Anwendungsbereichs der VO (EWG) 1191/69 i.d.F. 1893/91 vom 31.7.92 BGBl. I S. 1442 i.d.F. Änd-VO vom 29.11.1994 BGBl. I S. 3630 auf Grundlage der Rechtsverordnungskompetenz in § 57 I Nr 7 PBefG

¹⁵ Dies ergibt sich wiederum aus der VO 1107/70, die Freistellungen nach Art. 77 nur für nicht in der VO 1191/69 enthaltene Verkehrsbereiche und -unternehmen, nicht aber Verpflichtungen vorsieht. In der VO 1191/69 sind Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflicht enthalten (Art. 2 II bis 2 V), welche aber sehr weit definiert sind. Daher besteht auch kein praktisches Bedürfnis für weitergehende gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen. Auch Art. 77 ist im Vergleich zu Art. 92 EGV eng auszulegen. Daher sind die auf der Basis des Art. 77 EGV geschaffenen Rechtsgrundlagen abschließend bezüglich Beihilfen im öffentlichen Interesse im ÖPNV. So auch K. Meyer (intern. Verband der Verkehrsunternehmen), Regionalisierung und Wettbewerb in Europa - ein Vergleich in DVWG (Hsg.) B 190 Erste Erfahrungen mit der Regionalisierung, S. 29, 39; aA R. Batzill, Der steuerliche Querverbund bleibt unberührt erhalten, Der Nahverkehr 7-8/94 S. 13 mit dem Argument, die VO beziehe sich nur auf auferlegte Verpflichtungen und lasse alles andere unberührt

Interesse an gemeinwirtschaftlichen Leistungen marktkonform durch ausgehandelte Austauschverträge sichergestellt werden kann. Selbst für Bereiche, in denen Beihilfen nach Art. 77 EGV noch zulässig sind, wird diese Präferenz zum Ausdruck gebracht¹⁶.

2. Die EG-VO 1191/69

Die Verordnung ist insgesamt auf Wettbewerb im gemeinsamen Markt angelegt, die hierzu nicht konformen staatlichen Auferlegungen werden begrenzt und einen Vorwettbewerb zugeführt¹⁷.

a. Auferlegte Dienste

Im Regionalverkehr¹⁸ sind lediglich Beihilfen für Verkehrsleistungen zulässig, die zur Sicherstellung der ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen unerlässlich sind. Die VO unterscheidet hierbei nach auferlegten Bedienungs- (Art. 3 III), Beförderungs- (Art. 3 IV) und Tarifpflichten (Art. 3 V)¹⁹. Aus dem Charakter der VO als Beihilferegulation ergibt sich, daß die genannten Bereiche möglicher Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes nicht als einzeln aufzuerlegenden Pflichten anzusehen sind²⁰, sondern als Ausprägungen des öffentlichen Interesses an einer ausreichenden Verkehrsbedienung, welches auf die Quantität und Qualität der Fahrleistung einschließlich der benutzten Anlagen²¹, auf die Bedingungen der Benutzung, insbesondere Tarife und schließlich auch auf die zuverlässige Ausführung der Dienste abstellt. Die Unterscheidung der Pflichten hat bei den zu wählenden Ausgleichsverfahren Bedeutung (Art. 5).

Entscheidend für die Zulässigkeit der Beihilfen ist hiernach, daß die zu erbringenden Verkehrsleistung nebst Qualitäten, Tarife, Marketing, Service etc. benannt werden und dies dem öffentlichen Interesse einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsdiensten entspricht²². Unzulässig sind demnach Beihilfen, die überhaupt keine bestimmte Verkehrsleistung zum Gegenstand haben und nur zur Kapitalzuführung an das Unternehmen dienen.

Die ausreichende Verkehrsbedienung ist hierbei nicht im Gegensatz zu einer schlechten und guten²³ zu sehen, sondern nur zu einer nicht-ausreichenden²⁴. Alle anderen Versuche, den Anwendungsbereich der EG-VO nur auf mäßige Verkehrsleistungen zu beschränken²⁵, widersprechen sowohl dem klaren Wortlaut der EG-VO, als auch deren Intention mit ihren abschließenden Charakter bezüglich Art. 77 EGV. So würde eine Regelung, die den nationalen Aufgabenträger

¹⁶ Erwägungsgrund 2 VO 1893/91

¹⁷ Dies beachtet R. Batzill (Fn 7) S. 82 nicht, wenn er die allg. Wettbewerbskomponente der VO 1191/69 n.F. leugnet

¹⁸ Im Fernverkehr sind nach Art. 1 VI nur Sondertarife für einzelne Gruppen durch Auferlegungen möglich. Art. 1 VI spielt aufgrund des vorrangigeren Art. 1 V im ÖPNV keine Rolle

¹⁹ Wegen Art 3 II VO 1107/70 sieht C. Heinze (Fn 3), die Absenkung eines Tarifniveaus nicht in der VO 1191/69 enthalten (S. 14), dies widerspricht aber den Wortlaut der VO 1191/69, "insbesondere" für bestimmte soziale Gruppen

²⁰ So will aber H. Krämer, Neues Tarif- und Ausgleichsrecht für den ÖPNV - Ein Fortschritt? Der Nahverkehr 10/95 S. 47, 49 f. mit Hinweis auf Art. 9 die Verpflichtungen aufspalten. Art. 9 bezieht sich aber nur auf Art. 1 VI (Sozialtarife), während die Tarifpflicht umfassend die Bedingungen zur Benutzung des gesamten ÖPNV-Angebotes meint

²¹ Siehe Art. 3 III 2, der eine Auferlegung von nicht benutzten Material und Infrastruktur für zulässig erklärt

²² G. Girnau, Regionalisierung des ÖPNV in DVWG (Hsg.) B145, Privatisierung im Verkehr, S. 50, 51

²³ R. Batzill (Fn 15) S. 14, H. Zuck, Eigenwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen und geringste Kosten für die Allgemeinheit, DÖV 1994, 941, 945; G. Fromm, Zur Neuordnung des PBefG, TranspR 1994, 425, 430

²⁴ H. Knüttel, Vertragliche Regelungen für gemeinwirtschaftliche Verkehre, Der Nahverkehr 10/95 S. 8. Weiterführend: J. Werner, Gestaltungsmöglichkeiten für den ÖPNV durch kommunale Aufgabenträger, Verkehrszeichen 3/1996, S. 26 f.

eine Beschränkung seines öffentlichen Interesses auf eine nur mäßige Bedienung aufgabe, die Kompetenzgrundlage der Artt. 75, 77, 92, 94 EGV verlassen. Auch ist bei den auferlegte Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes lediglich der Beihilferahmen vorgeben und nicht etwa das Instrumentarium auf eine hoheitliche Inanspruchnahme eines Unternehmens (Verwaltungsakt)²⁶ begrenzt. Eine Einengung würde grundsätzlich die Freiheit der Mitgliedstaaten bezüglich ihres Verwaltungshandelns unterlaufen. Das europäische Beihilferecht unterscheidet nur zwischen auferlegten und vertraglichen Diensten und begrenzt Beihilfen auf auferlegte Dienste, mehr nicht.

b. Ausgleich

Da die EG VO das Ziel verfolgt, auch öffentliche Beihilfen im Verkehrsbereich langfristig in marktkonformes Handeln zu überführen, ist es notwendig, daß die Ausgleichsmethoden einheitlich festgesetzt werden²⁷. Im Gegensatz zum deutschen Entschädigungsrecht ist hier ein vollständiger Kostenausgleich vorgesehen, der primär hinzukommende Kosten und wegfallende Erlöse betrachtet (Grenzkosten/-erträge; Artt. 10 Satz 1, 11 I)²⁸. Erst bei einem möglichen vollständigen Entfallen des Dienstes werden dessen Gesamtkosten erstattet (Artt. 11 II). Der Kostenausgleich orientiert sich an einer zweckdienlichen Geschäftsführung (Artt. 12)²⁹, mithin also an Durchschnittskosten. Der Ausgleich und die Voraussetzung seiner möglichen Änderung sind durch die zuständige Behörde im vorhinein (einseitig) festzulegen (Artt. 13 I)³⁰.

c. Publizität

Gemäß Art. 15 ist über die gewährten Beihilfen Öffentlichkeit herzustellen. Dies bedeutet, daß interessierte Wettbewerber über Beihilfen und zu erbringende Leistung Informationen erhalten müssen. Eine Meldung der Beihilfen an die EG-Kommission ist nicht notwendig (Artt. 17 II).

d. Abgrenzung Vertrag - Beihilfen

Die Bestimmungen des Art. 14 EG-VO über Verträge aufgrund von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes wollen nicht die Zulässigkeit oder möglichen Inhalte von solchen Verträgen regeln, denn hierzu bedarf es keiner europarechtlichen Rechtsgrundlage. Die Inhalte wie Qualität, Quantität usw. sind nur beispielhaft genannt, um deutlich zu machen, daß ein Austauschvertrag zwingend die Bestimmung einer im Zweifelsfall einklagbaren Leistung erfordert. Insgesamt ist der Art. 14 EG-VO Abgrenzungshilfe zwischen uneingeschränkt zulässigen Verträgen und nur unter engen Voraussetzungen erlaubten Beihilfen.

Als wesentliche Vertragsbestandteile gelten

- a) der Vertrag muß zwischen zuständiger Behörde und Verkehrsunternehmen geschlossen sein (Artt. 1 IV 1),
- b) der Vertrag muß bezwecken, die Allgemeinheit mit ausreichenden Verkehrsdiensten zu versorgen (Artt. 14 I 1),
- c) der Vertrag muß die nach Umfang und Qualität zu erbringende Verkehrsleistung bzw. deren Erfolg bestimmen (Artt. 14 IIa) und
- d) der Vertrag muß das zu leistende Entgelt, sei es mit oder ohne Fahrgeldanrechnung, enthalten (Artt. 14 IIb).

²⁵ So aber J. Zeiselmaier, Die Novelle zum PBefG und ihre Auswirkung auf die Genehmigungspraxis, Manuskript Vortrag Düsseldorf 8.9.95, S. 6 f. = Die Novelle zum PBefG, Der Nahverkehr, S. 8, 10 f.

²⁶ So aber C: Heinze (Fn 3) S. 33 f. mit dem Ziel hieraus nicht auferlegte "freiwillige" Dienste zu schaffen, die auch nicht den Regelungen der VO unterfallen

²⁷ Ziel ist insgesamt die Transparenz von Leistung und Ausgleich. Dies wird insbesondere in der deutschen ÖPNV-Finanzierung durchweg verfehlt, siehe nur J. Zeiselmaier (Fn 25) S. 12 f.

²⁸ Vgl. auch L. Wachinger / M. Wittemann Regionalisierung des ÖPNV, S. 38 f.

²⁹ Kritisch ist hier die ausdrücklich für zulässig erklärte Kürzung der kalkulatorischen Kosten um eingestellte Zinsen für Eigenkapital, da dies die deutschrechtliche Grundlage der Entschädigung verläßt

³⁰ Dies hinderte aber nicht die Bundesregierung die Beihilfen an die DB nur pauschal zu leisten, siehe hierzu G. Irsfeld, Einzel- statt Globalsubventionierung in DVWG (Hsg.) B37,

e. Zuständige Behörde

Die zuständige Behörde (Artt. 1 III bis 1 VI) ist die nach der nationalen Rechtsordnung zuständige Stelle, sie kann auch der Gesetzgeber sein³¹.

f. Geringste Kosten für die Allgemeinheit

Bei Auferlegungen ist grundsätzlich unter gleichartigen Bedingungen diejenige Lösung zu wählen, die die geringste Kosten für die Allgemeinheit gewährleistet (Art. 3 I)³². Dies bezieht sich hierbei auf die Mitteleffizienz, das "wie" der Zielerreichung. Bei funktionierenden Märkten ist diese nur durch Wettbewerb sicherzustellen. Da aber die EG-VO ausdrücklich noch die Auferlegung zuläßt, ist im diesen Bereich von dem allgemeinen Prinzip der sparsamen Mittelverwendung in öffentlichen Haushalten auszugehen.

g. Aufhebungsantrag

Für bisherige Auferlegungen steht den Unternehmer ein Aufhebungsanspruch zu, sofern er nachweist, daß der Dienst nicht in seinem unternehmerischen Interesse liegt (Art. 2 I). Keine Aufhebungsmöglichkeit besteht für allgemeine, belastende Berufsausübungsregelungen. Das Antragserfordernis nach Art. 4 I gibt den Unternehmer nicht die Wahlfreiheit, ob er sich der EG-VO ausliefern möchte³³, sondern ist die einzige Möglichkeit, bisher nicht oder nur teilweise EG-rechtskonform ausgeglichene Auferlegungen zu beenden bzw. deren vollen Ausgleich durchzusetzen. Daneben besteht die Pflicht des Art. 5 EGV aller zuständigen Stellen, eine nicht EG-rechtskonforme Beihilfevergabepaxis zu beenden und umzugestalten.

h. Verhältnis Vertrag - Auferlegung

Die EG-Bestimmungen lassen eine Präferenz für den Einkauf gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen am Markt erkennen. Die notwendigen Ausführungen der VO 1191/69 n.F. beziehen sich hingegen ausschließlich zur Auferlegung, so daß die Auferlegung überall dort zur Anwendung kommen kann, wo sie (noch) zulässig ist³⁴. Dies kann insbesondere dann sinnvoll sein, wenn der Markt keinen geeigneten Ersteller bietet (Monopolstrukturen). Auferlegte Leistung und Ausgleich zu benennen und zu veröffentlichen bewirken statt Auferlegungen zukünftig Verträge zu wählen.

III. Zwischenergebnis

Nach dem europäischen Recht sind Zuwendungen im ÖPNV außerhalb von Verkehrsverträgen nur zulässig, wenn sie

- a) eine Verkehrs- und/oder Tarifleistung, die zur Versorgung der Bevölkerung mit ausreichender Bedienung unerlässlich ist, zum Gegenstand haben,
- b) sie den Ausgleich nach den Bestimmungen der EG-VO gewährleisten,
- c) Leistung und der Ausgleich benannt sind und
- d) Öffentlichkeit hergestellt ist oder sie
- e) an alle Unternehmen diskriminierungsfrei aufgrund gesetzlicher Grundlage gewährt wird.

Ansonsten müssen Verkehrsleistungen mittels im Wettbewerb vergebener Verkehrsverträge "eingekauft" werden.

B. Flankierende Regelungen des deutschen Rechts

Gemeinwirtschaft im Verkehr, S. 169, 175 ff.; S. Vogt, Müssen Fahrpreise jetzt kostendeckend sein? Der Nahverkehr 4/93 S. 9

³¹ C. Heinze, Der Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Leistungen und Aspekte künftiger Regulierung des ÖPNVs, S. 26; AA ohne Angabe von Gründen R. Batzill (Fn 7) S. 83

³² Dieser Art. steht im Abschnitt II über Aufhebung und Aufrechterhaltung: Aus den Wegfall des Abschnitts V "Auferlegung neuer Verpflichtungen" durch die VO 1893/91 und dem in Art. 14 enthaltenen Verweis ergibt sich, daß diese Vorschrift auch auf neu auferlegte Verpflichtungen Anwendung findet, vgl. auch Art. 1 V 2, der auch für neu aufzuerlegende Verpflichtungen auf den Abschnitt II verweist

³³ So aber C. Heinze (Fn 31) S. 28 f. mit der Begründung die VO beabsichtige die unternehmerische Eigenständigkeit zu stärken. Diese Stärkung wird aber nur mittels am Markt erzielter Verträge erreicht, daher sind die Abgeltungen für Auferlegungen zurückzufahren. Vgl. R. Coleman, Europa kommt, Der Nahverkehr 5/92 S. 6, 7

³⁴ Auch C. Heinze (Fn 3) S. 75

I. Anwendbarkeit

Von der Möglichkeit einer Bereichsausnahme für Unternehmen, die ausschließlich Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr betreiben (Art. 1 I UA 2), wird in Deutschland seit 1.1.1996 kein Gebrauch mehr gemacht³⁵. Damit ist die VO 1191/69 i.d.F. 1893/91 vollständig anwendbar. Weitergehender Anwendbarkeitsbestimmungen, wie etwa § 4 Satz 1 RegG, § 15 I 1 AEG und v.a. § 8 IV 3 PBefG sind lediglich deklaratorisch. Insbesondere ist eine eingeschränkte Anwendbarkeit, wie sie § 8 IV 3 PBefG suggeriert ("soweit die Verkehrsleistung nicht eigenwirtschaftlich erbracht wird, ..."), unbeachtlich³⁶, da die EG-VO keines weiteren gesetzlichen Umsetzungsaktes bedarf. Im übrigen kennt das EG-Recht nicht die Form der eingeschränkten Anwendbarkeit, es sei denn, es eröffnet sie selbst³⁷.

II. Aufgabenträger als zuständige Behörde

Gemäß § 4 Satz 2 RegG soll die zuständige Behörde nach EG-VO der Aufgabenträger sein. Nach Art. 87e IV GG und § 15 I 2 AEG ist der Bund Aufgabenträger für SPFV und GV, sowie für die gesamten Bundesschienenwege. Die übrigen Aufgabenträger und zuständigen Behörden bestimmen sich nach Landesrecht³⁸.

III. Verkehrsverträge

Im SPNV greift zur Umsetzung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen uneingeschränkt das Bestellerprinzip (vgl. § 15 II AEG). Hierzu haben die Aufgabenträger durchweg "Verkehrsverträge" abgeschlossen. Diese wurden fast ausnahmslos ohne die erforderliche Ausschreibung nach DKR vergeben, weiterhin umfassen die Verträge vielfach nur Zugkilometerleistungen. Sollte die Beschreibung keine im Zivilrechtswege einklagbare Leistungsansprüche ergeben, so ist die Qualität als Verkehrsvertrag im Sinne des Art. 14 VO 1191/69 i.d.F. 1893/91 nicht gegeben. In diesem Fall ist die "Bestellung" nur im Rahmen der Auferlegung mit den dort zwingend genannten Ausgleichsmethoden zulässig. Insbesondere ist dann nur das Defizit zwischen Kosten und Erlösen zu tragen. Demnach wären Auferlegungen, bei denen dem Transportunternehmen die Erlöse verbleiben, nicht möglich, auch wenn dies aus betriebswirtschaftlicher Sicht wünschenswert ist.

Im ÖSPV sind Verkehrsverträge gang und gäbe, auch wenn ihre Einordnung nach EG-Recht zweifelhaft ist. Entscheidend ist hierbei, inwieweit der Aufgabenträger diese Verträge im Wettbewerb vergeben kann und dadurch den effizienten Mitteleinsatz sicherstellt.

Der Anwendungsbereich echter, d.h. im Wettbewerb vergebener Verkehrsverträge ist gering. Üblicherweise sind diese nur dort anzutreffen, wo die Aufgabenträger im Rahmen von Stadtwerken Konzessionen halten und die gesamte Betriebsleistung vergeben (Subunternehmer). Hier greifen regelmäßig die Bestimmungen über die Vergabe im Wettbewerb von mit ausschließlichen Rechten ausgestatteten Unternehmen nach Sektorenkoordinierungsrichtlinie³⁹.

IV. Auferlegungen

Auferlegungen sind als hoheitliche Indienstnahme eines Verkehrsunternehmens und als dieser zuvorkommende öffentliche Verträge⁴⁰ möglich. Für Fahrplan- bzw. Tarifänderungen während der Genehmigungsdauer gewähren §§ 39 IV und 40 III PBefG eine Eingriffsgrundlage. Hierbei hat die Genehmigungsbehörde auf Veranlassung und Ausgleich des Aufgabenträgers entsprechende Fahrplan- und Tarifänderungen gegenüber dem Verkehrsunternehmen durchzuführen, da nur der Aufgabenträger über ausreichende Bedienung befinden kann (§ 1 RegG). Für sonstige Auferlegungen

³⁵ Siehe oben Fn 14; Lediglich im Hinblick auf den Erhalt des kommunalen Querverbunds gab es Stimmen, die eine dauerhafte Ausnahme forderten, VDV in Bus und Bahn 4/94 S. 5

³⁶ C. Heinze, (Fn 31) S. 31 und (Fn 3) S. 54 f. plädiert dagegen eine nur teilweise Abdeckung gemeinwirtschaftlicher Leistung durch die VO, auch im Hinblick auf eine teilweise Ausnahme des Regionalverkehrs. In ähnliche Richtung J. Zeiselmair, Das neue PBefG, Omnibus-Revue 4/94 S. 8, 10

³⁷ A. Furrer, die Sperrwirkung sekundären Gemeinschaftsrechts auf nationale Rechtsordnungen, S. 102 ff.; H. Jarass, Die Kompetenzverteilung der europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, AöR 1996, 173, 189

³⁸ Weiterführendes siehe Aufsatz Jan Werner 2b und Hubertus/Sibylle ?

³⁹ Neufassung vom 14.6.93 93/38 ABl. Nr. L 199 S. 84 ff.

⁴⁰ Siehe oben A II 2 a) und H. Krämer (Fn 20) S. 48

insbesondere bei Neuverkehren oder Qualitätsverbesserungen im ÖSPV und im gesamten SPNV kommt hingegen unmittelbar § 4 Satz 2 RegG als Eingriffsgrundlage in Betracht⁴¹. Dieser sieht "Auflagen über gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen" vor. Diese Auflagen sind so zu verstehen, daß jeder Unternehmer, der einen Betrieb für die Personenbeförderung genehmigt hat, damit zu rechnen hat, daß er im Rahmen des möglichen für gemeinwirtschaftliche Verkehre herangezogen werden kann.

Gesetzliche Auferlegungen bestehen derzeit lediglich für die Freifahrt Schwerbehinderter (§§ 59 I 1 und II SchwbG) und die Beförderung von Auszubildenden zu ermäßigten Tarifen (§§ 6a AEG, 45a PBefG. Zwar könnten diese Tarife nach Art. 1 VI VO 1191/96 i.d.F. 1893/91 außerhalb der VO ohne volle Abdeckung auferlegt werden, jedoch ist in Deutschland im Hinblick auf einen enteignungsgleichen Eingriff ein voller Ausgleich beabsichtigt⁴². Dieser Ausgleich hat sich nach der EG-VO zu bemessen. Im Tarifbereich ist der Ausgleich nach Differenz der anzuwendenden Tarife unter Berücksichtigung von Nachfrageelastizitäten und hieraus bedingten Aufwandsveränderungen zu berechnen (Art. 11 VO 1191/69). Soweit die Bestimmungen, insbesondere §45a PBefG - teilweise gewährt er einen höherer Ausgleich als die Differenz Schüler- / Jedermannmonatskarte⁴³ - Abweichendes regeln, verstoßen sie gegen Art. 10 ff. EG-VO 1191/69.

C. Besitzstandsschutz im ÖSPV: Zuschüsse ohne Wettbewerb?

Nachstehende Ausführungen beziehen sich lediglich auf den ÖSPV; im SPNV hat das AEG jedwede Besitzstandsregelung beseitigt. Im ÖSPV hingegen gewährt das gewerberechtliche angelegte PBefG gemeinhin Besitzstandsschutz. Dies bedeutet zweierlei. Einerseits wird das Streckenmonopol des Unternehmers dadurch geschützt, daß Mitbewerber keine Parallelbedienung etablieren können, soweit die bisherige Bedienung befriedigend ist (§ 13 II 2a) PBefG), oder Verkehre abgezogen werden, ohne daß eine wesentliche Verkehrsverbesserung eintritt (§ 13 II 2b PBefG), oder der bisherige Unternehmer bereit ist, die Verbesserung durch Ausgestaltung des eigenen Verkehrs selbst durchzuführen (§ 13 II 2c PBefG). Weiterhin ist bei der Genehmigungsverlängerung der Umstand des jahrelangen Betriebs entsprechend dem öffentlichen Verkehrsinteresse "angemessen" zu berücksichtigen (§ 13 III PBefG). Beide Regelungen führen dazu, daß ein Unternehmer faktisch eine einmal erworbene Konzession behält und auch hierum keinen nennenswerten Wettbewerb fürchten muß.

I. Die fingierte Eigenwirtschaftlichkeit im PBefG

Das PBefG definiert zum Bestand der die Eigenwirtschaftlichkeit sichernden Erträge neben Fahrgelderträgen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Fahrplan- und Tarifbereich sowie sonstige handelsrechtliche Erträge (§ 8 IV 2 PBefG). Ausgleichs- und Erstattungen im Tarifbereich sind die § 62 SchwbG und § 45a PBefG, ferner auch § 39 IV PBefG⁴⁴. Im Fahrplanbereich besteht lediglich die Regelung des § 40 III PBefG. Zu den sonstigen handelsrechtlichen Erträgen zählt die Gewinnverwendung aus dem Querverbund, sowie Gesellschaftereinlagen des Eigentümers. Weiterhin sollen nach überwiegender Meinung alle "freiwillig"⁴⁵ gezahlten Zuschüsse die Eigenwirtschaftlichkeit herstellen⁴⁶, da diese handelsrechtlich erfolgswirksam geleistet werden. Anknüpfungspunkt ist der Wille des Bundesgesetzgebers, daß alle herkömmlichen Einnahmeformen die Eigenwirtschaftlichkeit herstellen⁴⁷. Im übrigen solle der Unternehmer die Wahl haben, mittels bisheriger Einnahmeformen sich weiterhin in der Eigenwirtschaftlichkeit zu bewegen⁴⁸.

⁴¹ Das EG-Subventionsrecht bietet keine Eingriffsgrundlage; C. Heinze (Fn 3) S. 60

⁴² C. Heinze (Fn 31) S. 38 ff.

⁴³ Siehe hierzu C. Heinze (Fn 31) S. 47 ff. und 71

⁴⁴ J. Zeiselmair (Fn 25), S. 11 zählt hingegen auch Einnahmen von Verträgen zu Erstattungsregelungen. Dies widerspricht aber der Formulierung "Regelung", die sich auf gesetzesadäquate Regelungen bezieht.

⁴⁵ Sie stellen ein "Hobby" des Aufgabenträgers und/oder Eigentümers dar und werden daher nicht als steuerlicher Ertrag gesehen; vgl. WIBERA, Gutachten über die steuerlichen Auswirkungen der EG-VO 1191/69 i.d.F. 1893/91, 1993, S. 20

⁴⁶ J. Zeiselmair (Fn 25) S. 8, Bdo ÖPNV-Leitfaden S. 13, aA H. Zuck (Fn 23) S. 944 f.

⁴⁷ BT DS 12/6269 S. 142

⁴⁸ So schon der Gesetzgeber. BT 12/6269 S. 142

Ziel der fingierten Eigenwirtschaftlichkeit ist es, daß auch Verkehrsunternehmen die Beihilfen erhalten, den Bestandsschutz des § 13 III PBefG und das vorrangige Ausgestaltungsrecht nach § 13 II 2c) PBefG im Hinblick auf die Abwehr eines Mitbewerbers genießen⁴⁹.

II. Verstößt § 8 IV 2 PBefG gegen das EG-Recht?

Schon bald nach Beschluß des § 8 IV 2 PBefG wurde die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht angezweifelt⁵⁰. Selbst die Bundesregierung scheint nicht vom dauerhaften Bestand dieser Vorschrift auszugehen⁵¹. Doch eine präzise Begründung fehlte bislang.

Eine Einbeziehung von gesetzlichen Erstattungs- und Ausgleichsregelung ist nach dem Beihilferecht der EG möglich, da diese aufgrund von Auflagen gewährt werden, und auch die Erstattung sich nach EG-Recht vollzieht. Hingegen entspringen alle weitere Finanzierungsformen nicht einer Auferlegung. Zu nennen sind hier

- globale Verlustabdeckung öffentlicher Unternehmen,
- Verlustabdeckung im Querverbund,
- Zuschüsse im Rahmen von Verkehrsverbänden (Durchtarifizierungs-, Harmonisierungsverluste, Einnahmegarantien, Kooperationsaufwendungen),
- Zuschüsse für besondere Fahrplanleistungen, Qualitäten, Service und Marketing und
- Zuschüsse für besondere Tarifangebote bzw. ein allgemeines Tarifniveau⁵².

Sofern diese Leistungen nicht aufgrund von im Wettbewerb vergebenen Austauschverträgen geleistet werden, sind diese Zahlungen als Beihilfen anzusehen. Da sie wegen ihrer Bindung an Bestandsschutz genießende Unternehmen wettbewerbsverzerrend wirken - sie stehen nicht jedem Unternehmen offen - und auch regelmäßig den Gemeinsamen Markt beeinträchtigen dürften, sind sie nur im Rahmen der EG-VO 1191/69 n.F. zulässig. Hiernach werden aber maßgebende Kriterien wie Benennung des Leistungs-/Gegenleistungsverhältnis, Ausgleich nach einheitlichen Methoden und Publizität nicht eingehalten.

Da wiederum wegen der Genehmigung nach § 13a PBefG bei Auferlegungen die Unternehmen aus Überlebensinteresse grundsätzlich die Finanzierungsformen der Quasigemeinwirtschaftlichkeit (§ 8 IV 2 PBefG) wählen werden, führt diese Bestimmung zur Festigung EG-rechtswidriger Beihilfepraktiken. Die Mitgliedstaaten sind aber gehalten, nichts zu unternehmen, was die Wirksamkeit EG-rechtlicher Bestimmungen untergräbt (Art. 5 EGV)⁵³. Aus diesem Grund ist die Einbeziehung "sonstiger handelsrechtlicher Erträge" in die Definition des § 8 IV 2 PBefG und die Erstreckung des Bestandsschutz nach PBefG auf solche Verkehre mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar.

§ 8 IV 2 PBefG kann daher nur insoweit noch angewandt werden, als daß er i.V.m. § 13a PBefG zum Ausdruck bringt, daß bei Genehmigungen von Unternehmen, die selbst nicht einmal die Quasigemeinwirtschaftlichkeit mehr erreichen, die Genehmigungsbehörde die Einhaltung der "geringsten Kosten für die Allgemeinheit"⁵⁴ zu überprüfen hat.

III. Trennung eigen-/ gemeinwirtschaftliche Leistung

⁴⁹ J. Zeiselmaier (Fn 25) S. 12 spricht von einem "Trick". G. Fromm, PBefG Novelle und EG-Recht, Omnibus-Revue 5/94 S. 8, 10; J. Werner (Fn 24) S. 26, 29. Eine Konkurrenz um Konzessionen wird so regelmäßig ausgeschaltet. H. Willers, Tarifgemeinschaften und Kartellrecht, S. 95 ff.

⁵⁰ G. Fromm (Fn 23) S. 426

⁵¹ J. Ipsen, Rechtliche Rahmbedingungen der Konzession im ÖPNV, Manuskript Vortrag Düsseldorf 8.9.95, S. 2 "Zeit geben zur Anpassung". Das PBefG erhält aber keine Übergangsregelung

⁵² Diese sollen nach R. Batzill (Fn 15) S. 15 nicht ausschreibbar sein, da sie sich nur auf vorhandene Leistung beziehen. Er verkennt aber, daß Tarife eine entscheidende Bedingung für die Qualität der Beförderungsleistung sind und daher auch Gemeinwirtschaftlichkeit begründen können, die zu einer Vergabe der Verkehrsleistung im Wettbewerb führt

⁵³ vgl. EuGHE 1975, 47 Ziff. 22 ff. und 1986, 1219; 1573 Ziff. 14 und 25

⁵⁴ Konkretisiert wird dies in einer Rechtsverordnung zur Ermittlung der geringsten Kosten für die Allgemeinheit (GKVO) vom 15.12.95 BGBl. I 1995 S. 1705

Neben der weiten Eigenwirtschaftlichkeitsdefinition wird v .a. durch ein vermeintliches Unternehmerwahlrecht zwischen eigen-/ gemeinwirtschaftlicher Leistungsanteil⁵⁵ versucht, den Bestandsschutz möglichst weitreichend aufrechtzuerhalten. Insbesondere sollen nur Zusatzleistungen als gemeinwirtschaftliche gelten, nicht jedoch die vom Unternehmer selbst definierte Grundleistung, auch solle es einen eigenwirtschaftlichen Tarif geben, der "freiwillig" heruntersubventioniert werden kann⁵⁶.

Jedoch gibt es kein Wahlrecht auf eigen- oder gemeinwirtschaftlichen Betrieb eines Verkehrs. Gemeinwirtschaftliche Verkehre sind immer nur dann durchführbar, wenn eine entsprechende Bezuschussung durch die öffentliche Hand erfolgt. Ist diese hierzu nicht bereit, bleibt den Unternehmer nichts anderes übrig, als auf der Basis der Markterträge und gesetzlicher Auferlegungen den Verkehr kostendeckend durchzuführen. Auch gewährt das PBefG Monopolschutz regelmäßig nur für gesamte Linien entsprechend ihrer Genehmigung. Tragender Gedanke hierbei ist, daß sich gute und schlechte Fahrlagen, ebenso wie gewinn- und verlustbringende Tarife ausgleichen⁵⁷; § 13a PBefG (Genehmigung für gemeinwirtschaftliche Linien) hält konsequenterweise am Grundsatz der Liniengenehmigung fest. Auch das EG-Recht ist von der Betrachtung in Diensten und nicht auf den einzelnen Dienst geprägt. Hieraus folgt, daß spezifische Beihilfen oder Verkehrsverträge für einzelne Fahrten oder Tarifarten die gesamte genehmigte Linie gemeinwirtschaftlich werden lassen, und der Ausgleich sich auch auf die gesamte Linie⁵⁸ bezieht.

IV. Bestandsschutz und Auferlegung

Die Auferlegung - insbesondere von Verkehrsdiensten und Tarifen - ist unabhängig von der periodischen Antragsstellung. Sie kann auch während der Laufzeit einer Genehmigung erfolgen. Nach Ablauf der Genehmigung stellt sich hingegen das Problem des Besitzstandsschutzes. § 13a PBefG, der keinen Bestandsschutz bei gemeinwirtschaftlichen Leistungen vorsieht, spricht prima facie dagegen. Allerdings ist zu bedenken, daß dessen Anwendbarkeit im direkten Zusammenhang mit § 8 IV 2 PBefG steht, der beabsichtigt, den Anwendungsbereich von § 13a PBefG möglichst klein zu halten. Unter der Berücksichtigung des Wesens einer Auferlegung ist davon auszugehen, daß eine Auferlegung eines Anknüpfungspunkts bedarf. Dies ist regelmäßig der bisdahin konzessionierte Verkehr und Unternehmer. Allerdings wird man den Rückgriff auf den Bestandsunternehmer nicht konsequent durchhalten können, insbesondere wenn ihm die Ressourcen fehlen, oder z.B. eine zusätzliche Fahrt durch Ausnutzung eines Still-Lagers bei einem anderen Unternehmen wesentlich auferlegt werden kann. Daher genießt bei Auferlegungen der vorhandene Unternehmer nur einen prinzipiellen Bestandsschutz.

V. Bestandsschutz bei Verträgen

Vollständig konterkariert wird die Vertragsintention der EG-VO durch den nach § 8 IV 2 PBefG erweiterten Bestandsschutz. Zwar verstoßen vertragliche Entgelte nicht unmittelbar gegen die abschließende Beihilferegelung der EG-VO, allerdings untergräbt der Bestandsschutz die marktkonforme Vergabe dieser Vertragsleistungen. Verträge, die einem Kontrahierungszwang mit einem Monopolisten unterliegen, sind keine Verträge nach Art. 14 EG-VO. Die Zahlungen sind vielmehr als unzulässige Beihilfe einzustufen.

Bereits das deutsche Haushaltsrecht fordert den Nachweis der sparsamen Mittelverwendung. Bindend wird jedoch diese Verpflichtung durch die DKR, die zwingend die europaweite Ausschreibung ab dem Schwellenwert vorschreibt. Ein Bestandsschutz würde diese Bestimmung bei der Vergabe von Verkehrsleistungen im Vertragswege zur Sicherstellung

⁵⁵ Grundlage soll das Wahlrecht des Unternehmers sein, sich im eigen- oder gemeinwirtschaftlichen Bereich zu bewegen, J. Ipsen (Fn 51) S. 5; R. Batzill (Fn 15) S. 14 f., H. Zuck (Fn 23) S. 947 f.

⁵⁶ J. Scherm, Die zukünftige Rolle des Verkehrsunternehmers bei Planung, Organisation und Durchführung des ÖPNV in *Bildungswerk Busunternehmer* (Hsg.), Der Zug der Zeit; R. Batzill (Fn 15) S. 14

⁵⁷ F. Dengler, Zur Prüfung der Verkehrstarife im Personenverkehr, DÖV 1979, 662, 667; J. Zeiselmaier (Fn 25) S. 8

⁵⁸ Ein Folgeproblem ergibt sich bei eng verbundenen Linien aufgrund von Zubringerwerten und durchgehenden Tarifen bzw. ganzen Tarifverbänden, hier wird die Betrachtung einzelner Linien zunehmend schwieriger

einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen leerlaufen lassen. Daher ist der Bestandsschutz bei Konzessionsverlängerungen nicht anwendbar, sofern der Aufgabenträger auf vertraglichem Wege Zuschüsse leisten will⁵⁹.

D. Konsequenzen in der Praxis

I. Querverbund bleibt zulässig

Verkehrsunternehmen, die sich im Eigentum der öffentlichen Hand befinden, können vielfach ihre Defizite mit Gewinnen aus Versorgungsbetrieben (Strom, Gas, Wasser) der Kommunen steuermindern saldieren (Querverbund). Dieses Verfahren erspart den Kommunen Körperschaftsteuern von 1,5 Mrd. DM pro Jahr⁶⁰.

Art. 1 V UA 2 VO 1191/69 i.d.F. 1893/91 bestimmt, daß bei Auferlegungen und Verkehrsverträgen der Ausgleich für die gesamte Leistung zu erfolgen hat und ein Gewinn aus anderen Geschäftsbereichen nicht anrechenbar ist. Von Wettbewerbern der öffentlichen Verkehrsunternehmen wurde dies als Verbot des Querverbunds gesehen⁶¹, da diese Art der Finanzierung eine Wettbewerbsverzerrung darstelle. Seitens der Bundesregierung wurde argumentiert, das Querfinanzierungsverbot beziehe sich nur auf verschiedene Verkehrsbereiche, nicht jedoch auf verkehrsfremde Unternehmensbereiche, da die VO sich auf Art. 75 EGV Verkehrspolitik stütze⁶². Weiterhin stelle die VO den vollen Ausgleich in das Belieben des Unternehmers, so daß er auf einen Ausgleich für Leistungen, die anderweitig bereits finanziert sind, verzichten könne, und daher die EG-Verordnungen hierüber kein Verbot aufstellen könne⁶³.

Dieser Streit verkennt allerdings die Bedeutung der EG-VO als Beihilferegulierung. Zweck der Verordnung ist die Zuführung der Beihilfen zu einem Markt⁶⁴. Hierzu sind Leistung und Abgeltung zu benennen. Keineswegs will die VO in das deutsche Recht der Verteilung des Steueraufkommens eingreifen⁶⁵. Hieraus folgt, daß der Querverbund uneingeschränkt zulässig bleibt, sofern sichergestellt wird, daß der Querfinanzierungsbeitrag als öffentliche Beihilfe festgestellt und auch als solche ausgewiesen wird⁶⁶. Weiterhin muß zur Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen sichergestellt sein, daß der Aufgabenträger alle Möglichkeiten des Einkaufs gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen am Markt in Betracht zieht. Hierzu ist ggf. ein günstiger Bieter in den Querverbund aufzunehmen oder dieser als Subunternehmer der öffentlichen Querverbundsgesellschaft einzubeziehen.

II. Umgestaltung bisheriger Vereinbarungen und Praktiken

Der Großteil der bisherigen Finanzierungspraxis im ÖPNV in Deutschland entspricht nicht den rechtlichen Vorgaben. Im SPNV wird deutlich zwischen Auferlegung und Vertrag zu unterscheiden sein, Verträge müssen i.d.R. zwingend europaweit ausgeschrieben werden.

Im ÖSPV ist bei jeder öffentlichen Finanzierung außerhalb von PBefG, SchwbG und GVFG ebenfalls eindeutig zwischen Beihilfen aufgrund von Auferlegungen und Vertragsentgelten zu differenzieren. Auferlegungen bedingen eines Verwaltungsaktes oder eines öffentlich-rechtlichen Vertrags zwischen Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen sowie

⁵⁹ Der Wegfall des Bestandsschutzes ist auch keine Enteignung i.w.S., da dem Unternehmer nichts genommen würde, was er auf Basis eigener Leistung sich erbaut hat: Vgl. C. Koenig, Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung, S. 426 f.

⁶⁰ Mitteilung des VDV in Bus und Bahn 4/94 S. 4

⁶¹ Vgl. G. Fromm (Fn 23) 431; ders./R. Sellmann, Zur Entwicklung des öffentlichen Verkehrsrechts; NVwZ 1994, S. 547, 553; ders. Der Fortbestand des Querverbunds - ein steuerliches Problem? BB 1994, 2366, 2367; H. Zuck (Fn 23) S. 945 und bdo ÖPNV-Leitfaden S. 20

⁶² BReg in BT DS 12/4080 S. 25 f. und 12/4713 S. 23; C. Heinze (Fn 3) S. 64. Dies sei ein Rückzugsgefecht: K. Meyer (Fn 15) S. 38 und auch G. Fromm (Fn 49) S. 10

⁶³ WIBERA (Fn 45) S. 18, 21 ff.

⁶⁴ Deswegen bleiben auch hier Auflagen im Querverbund zulässig. AA. WIBERA (Fn 45) S. 16

⁶⁵ EP DS 1739/96 Antwort der EG-Kommission vom 11.7.95

⁶⁶ Daher ist eine Konstruktion des Querverbunds über die Quasigemeinwirtschaftlichkeit mit Bestandsschutz ausgestatteten Konzessionen (R. Batzill (Fn 15) S. 12) unzulässig

zwingend der Leistungsbestimmung entsprechend aller kostenrelevanten Kriterien und der Festsetzung des Ausgleichs, ferner muß Öffentlichkeit hergestellt werden. Der Ausgleich hat sich ausschließlich nach den EG-rechtlichen Bestimmungen zu richten

Verkehrsverträge sind nur dann zulässig, wenn die Leistung am Markt eingekauft wird. Dies setzt regelmäßig ein Ausschreiben der Leistung voraus. Ein Bestandsschutz spielt hier keine Rolle.

Die hier dargestellten Kriterien gelten bei jedweder öffentlichen Finanzierung im ÖSPV außerhalb gesetzlicher Beihilfen. Sie gelten auch bei mittelbarer Finanzierung wie z.B. über einen Verkehrsverbund, Eigentümerzuwendungen (sofern keine Sanierungsbeihilfe) und öffentlichen Mehrspartenunternehmen (Verlustabdeckung). Sie haben auch Bedeutung für Nebenleistungen, wie Marketing, Service etc.

Im Ergebnis werden daher die Aufgabenträger große Teile bisheriger Vereinbarungen über öffentliche Zuschüsse zu beenden und in EG-rechtskonforme Verfahren umzuwandeln haben. Gegebenenfalls müssen rechtswidrig geleistete Beihilfen zurückgefordert werden, wenn diese aufgrund eines kollusiven Zusammenwirkens von Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen zustande kamen und deutlich über den nach EG-Recht zulässigen Beihilfen liegen. Weiterhin müssen die öffentlichen Stellen über geleistete Beihilfen und Leistungen transparent informieren.

III. Rechtsschutz

Eine Konkurrentenklage ist aus zwei Blickwinkeln denkbar. Einerseits kann das Verkennen der Gestaltungsspielräume durch den Aufgabenträger eine willkürliche Subventionsgewährung⁶⁷ bedeuten. Auch ist eine Konkurrentenklage bei unterlassener Ausschreibung von Leistungsaufträgen denkbar. Doch hier verneint die überwiegend vertretene Auffassung (noch) das subjektive Recht und somit auch Rechtsschutz.

Das EG-Recht ist hingegen im Vergabe- und Beihilfebereich unzweifelhaft mit individuell durchsetzbaren Rechtspositionen ausgestattet⁶⁸. Art. 16 EG-VO 1191/69 unterstreicht die Notwendigkeit der effektiven rechtlichen Durchsetzung individueller Interessen. Der rechtswidrig benachteiligte Mitbewerber wird mithin zum Hüter des Binnenmarktes⁶⁹.

Aus der DKR und der entsprechenden Rechtsprechung des EuGH hierzu ergibt sich ein subjektives Recht des Bewerbers auf ein diskriminierungsfreies Vergabeverfahren⁷⁰. Erst recht geht es auf die Durchführung eines Vergabever-

⁶⁷ BVerwGE 30, 191, 198 (zielgerichtete Existenzbedrohung); H-J. Friehe: Das Abwehrrecht des Wettbewerbers gegen die Subventionierung des Konkurrenten, JuS 1981, 867, 870 f.; K. Lange, Ausgleichspflicht für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Leistungen im Verkehrswesen, DVBl 1971, 775, 776, 780

⁶⁸ P-M. Huber: Gemeinschaftsrechtlicher Schutz vor einer Verteilungslenkung durch deutsche Behörden, EuR 1991, 31, 33f.; J. Schwarze, Subventionierung im gemeinsamen Markt und Rechtsschutz des Konkurrenten, in Gdschr. W. Martens, S. 810. 842

⁶⁹ J. Schwarze (Fn 68) S. 819, 842

⁷⁰ EuGH EuZW 1995, 635 ff. mit Anm. M. Dreher; ferner: Klage der Kommission gegen die BR Deutschland vom 15.12.93 ABI. C 338 S. 11 und Beanstandungsschreiben vom 31.0.1995 wiedergegeben ZIP 1995, 1940. Vgl. J. Pietzker, Die deutsche Umsetzung der Vergabe- und Nachprüfungsrichtlinien im Lichte der neuen Rechtsprechung, NVwZ 1996, 313 ff.; W.v.Meiborn/J. Byok, Zur Notwendigkeit eines Vergabegesetzes in Deutschland, EuZW 1995, 629, 630. Anders die hergebrachte deutsche Auffassung: Die Vergabe öffentlicher Aufträge dient nur der sparsamen Haushaltsführung; BGH NJW 1980, 180; BVerwGE 7, 89, 92 ff. und KG EuZW 1996, 30, 31, deswegen sollten auch die Umsetzungen der einschlägigen EG-Bestimmungen keine subjektiven Rechte begründen: BR DS 5/93 S. 21 und BT DS 12/4636 S. 12.

Die Richtlinie ist im Dienstleistungsbereich noch nicht in nationales Recht umgesetzt (vgl. §§ 57a und b HGrG und VgV). Die DKR ist daher unmittelbar anwendbar: D. Triantafyllow, Europäisierungsprobleme des Verwaltungsrechts am Beispiel des öffentlichen Auftragswesens, NVwZ 1994, 943, 944; J. Pietzker, aaO. S. 315. AA. F. Rittner, Das deutsche öffentliche Auftragswesen im europäischen Kontext, NVwZ 1995, 313, 319; KG EuZW 1996, 30, 32

fahrens. Dies bedeutet, daß ein interessierter Konkurrent bei rechtswidriger Finanzierungspraxis den Aufgabenträger zwingen kann, entweder ein Vergabeverfahren durchzuführen und ihn hierbei zu berücksichtigen oder den Weg des Auferlegens zu wählen und hierzu den Mitbewerber die notwendigen Daten wie Leistungsumfang und Ausgleichsanspruch mitzuteilen⁷¹.

Weiterhin kann der Mitbewerber unmittelbar gegen eine EG-rechtswidrige Beihilfepraxis vorgehen. Da durch die Artt. 77 und 94 EGV hinreichend klare Bestimmungen zur Zulässigkeit getroffen sind, bedarf es hierzu nicht des Rechtswidrigkeitsurteils der Kommission⁷². Der Mitbewerber kann verlangen, daß die rechtswidrige Praxis beendet wird, und er gleichzeitig über Auferlegungsumfang und Ausgleich informiert wird (allg. Leistungsklage). Dies dient dazu, ihm in die Lage zu versetzen, ein wirtschaftliches Angebot für eine vertragliche Vereinbarung auszuarbeiten.

IV. Umsatzsteuerpflicht

Zeitweise sah es so aus, daß die Umsetzung der EG-Bestimmungen auch durch eine mögliche Umsatzsteuer öffentlicher Aufwendungen belastet werden könnte⁷³. Grund war die Abgrenzung Zuschuß vs. steuerpflichtiges Entgelt anhand der konkreten Bestimmung der Leistung⁷⁴. Gerade die EG-VO beabsichtigt die konkrete Leistungsbenennung, sei es durch Auferlegen oder Vertrag. Inzwischen ist klargestellt, daß die Abgrenzung nach den Kriterien "fahrplanmäßige Leistung" und "für die Allgemeinheit" vorgenommen werden soll⁷⁵. Dies läßt zwar eine Umsatzsteuerpflicht auch bei vollständiger Anwendung des EG-Rechts nicht erwarten, macht aber deutlich, daß es doch einiger Anstrengungen bedarf, Beihilfen oder Vertragsentgelte für Verkehrsleistungen als Zuschuß im Allgemeininteresse und nicht als Entgelt für eine ausgetauschte Leistung zu betrachten.

E. Ausblick

I. Offene Fragen

Die hier dargestellten Ergebnisse der europäischen Beihilferechts im ÖPNV werfen zahlreiche Folgefragen auf. Genannt seien beispielsweise der kartellrechtlich zulässige Rahmen der Zusammenarbeit der Verkehrsunternehmen, insbesondere bei bezuschußten Verkehrsleistungen; diese Frage wird besonders aktuell bei sogenannten Mischverbänden⁷⁶ oder auch ein mögliches Verbot der Beihilfegewährung durch eine nicht-zuständige Stelle. Diese und weitere Fragen wie die genaue Abgrenzung Fahrten, Linien und Netze müssen vertiefenden Betrachtungen vorbehalten bleiben.

II. Resümee

Lange wurde von kommunaler Seite gefordert, den Besitzstandsschutz des PBefG bei öffentlich bezuschußten Verkehrsleistungen aufzugeben und statt dessen den Aufgabenträgern Gebietskonzessionen an die Hand zu geben, die er an den wirtschaftlichsten Anbieter im Wettbewerb vergeben kann (Modell Schweden und Frankreich). Dieser Schritt war jedoch im Zuge der (noch) nicht durchzusetzen. Andererseits sollten die wettbewerbsrechtlichen EG-Bestimmungen uneingeschränkt Anwendung finden. Diese haben zur Folge, daß der deutsche Versuch, die Eigenwirtschaftlichkeit und den mit ihr einhergehenden Besitzstandsschutz durch eine gesetzliche Fiktion ins Uferlose auszuweiten, gegen höherrangiges europäisches Recht verstößt und daher § 8 IV 2 PBefG nicht anwendbar ist. Als Folge gilt bei Auferlegen von Verkehrsleistungen lediglich ein eingeschränkter Bestandsschutz, während Verkehrsverträge nach Ablauf von

⁷¹ Hierbei kann unmittelbarer verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen werden. Mangels Durchführung eines Vergabeverfahrens gibt es auch keine Vergabeprüfung

⁷² P-M. Huber (Fn 68), EuR 1991, 31, 49f.

⁷³ VDV in Bus und Bahn 4/94, S. 3 ff. "Entscheidung von großer finanzieller Tragweite"

⁷⁴ Siehe Protokoll Finanzministerkonferenz 23.6.94 TOP 2. R. Batzill, Der Nahverkehrsplan; Der Nahverkehr 7-8/95 S. 11, 12 und 14; ferner BFH BStBl. 1986 II S. 723 ff., BStBl. 1987 II S. 229 ff., OFD Saarbr. BB 1989, 1393 und G. Rüttinger: Zuschuß oder Entgelt - grundsätzlich geklärt, BB 1989, 2160 ff.

⁷⁵ Siehe Protokoll der Verkehrsministerkonferenz vom 16./17.11.95 TOP 15a unter Bezugnahme auf die Finanzministerkonferenz vom 23.6.95

⁷⁶ Siehe zu diesem Modell des Verbunds von Aufgabenträgern und Verkehrsunternehmen J. Scherm: Verkehrliche Kooperation, Der Nahverkehr 7-8/95 S. 14, 17

Konzessionen grundsätzlich unabhängig vom Bestandsschutz an den wirtschaftlichsten Anbieter vergeben werden können und müssen.

Damit sind den Aufgabenträger die entsprechende Instrumentarien an die Hand gegeben, im Sinne einer wirtschaftlichen und integrierten Bedienung im ÖSPV den Verkehr entsprechend ihren Vorstellungen und finanziellen Möglichkeiten neu zu ordnen.

Den Verkehrsunternehmen sei ans Herz gelegt, anstatt sich auf die Verteidigung von Besitzständen zu konzentrieren, die heute regelmäßig nur noch durch öffentliche Finanzierungen aufrechtzuerhalten sind, den Aufgabenträgern unternehmerische Konzepte für Verkehrsverträge an die Hand zu geben, in denen die Verkehrsunternehmen mehr als nur die Rolle des Lohnkutschers darstellen⁷⁷. Auch sollte im Vergabeverfahren von allen Seiten beachtet werden, daß durch eine gesunde Marktstruktur auf lange Sicht wirtschaftliche Angebote erzielbar bleiben⁷⁸. Hiervon werden Fahrgäste, Aufgabenträger und Verkehrsunternehmen profitieren.

⁷⁷ Vgl. M. Baltes et al., Unausweichlicher Wettbewerb, Der Nahverkehr 11/94 S. 18, 22 f.

⁷⁸ Das ist bisher das Hauptargument der öffentlichen Verkehrsunternehmen gegen die Vergabe von Verkehrsleistungen im Wettbewerb. Der Stadtverkehr 9/96 S. 42