
ÖPNV-Unternehmen im Visier der europäischen Beihilfenaufsicht

Michael Jürgen Werner*

Inhalt

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Einleitung | 310 |
| II. | Beihilfenaufsicht nach Art. 87 ff. EGV | 311 |
| | 1. Normzweck und Norminhalt | 311 |
| | 2. Wettbewerbsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten | 313 |
| | 3. Normstellung | 313 |
| | 4. Rechtfertigung | 314 |
| III. | Bestehender Ordnungsrahmen für den ÖPNV | 315 |
| | 1. Europäischer Rechtsrahmen für den ÖPNV | 315 |
| | 2. Nationaler Rechtsrahmen für den ÖPNV | 317 |
| | a) Eigenwirtschaftlichkeit | 318 |
| | b) Gemeinwirtschaftlichkeit | 319 |
| | c) Neuere Entwicklung im Bereich des nationalen Rechtsrahmens | 319 |
| IV. | Rechtscharakter der Zuwendungen für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse | 323 |
| | 1. Praxis der Kommission | 323 |
| | 2. Rechtsprechung des EuG | 323 |
| | 3. Rechtsprechung des EuGH | 324 |
| | 4. Position der Generalanwälte Léger und Jacobs | 325 |
| V. | Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Zuschüsse an ÖPNV-Unternehmen außerhalb der VO (EWG) 1191/69 | 329 |

*

Michael Jürgen Werner, LL.M. ist Rechtsanwalt und Partner der Sozietät Norton Rose, Brüssel sowie Dozent am Europa-Institut der Universität des Saarlandes. Der Beitrag ist die aktualisierte und erweiterte Fassung eines Vortrags, den der Verfasser am 16. November 1999 am Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Sektion Rechtswissenschaften, Saarbrücken, gehalten hat.

| | | |
|------|--|-----|
| 1. | Abschließende Liste der zulässigen Verkehrsbeihilfen in Art. 3 (2) VO (EWG) 1107/70 | 330 |
| 2. | Außerhalb der VO (EWG) 1191/69 zulässige Verkehrsbeihilfen | 330 |
| 3. | Zwischenergebnis | 331 |
| VI. | Folgen der möglichen Rechtsprechungsänderung für den ÖPNV | 331 |
| 1. | Außerhalb der VO (EWG) 1191/69 grundsätzlich Notifizierungspflicht | 331 |
| 2. | Mögliche Folgen eines Verfahrensverstoßes gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV | 332 |
| 3. | Kein Vertrauenschutz für ÖPNV-Unternehmen | 333 |
| VII. | Ausblick | 333 |

I. Einleitung

Zu den derzeit meistdiskutierten Fragen des europäischen Wirtschaftsrechts zählt nach der Überführung zahlreicher bislang monopolisierter Wirtschaftssektoren in den Wettbewerb¹ im Hinblick auf die Vereinbarkeit sogenannter Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse mit den Binnenmarktregeln des EG-Vertrages² die Frage der Rechtmäßigkeit finanzieller Zuwendungen, die von den Behörden eines Mitgliedstaates im Wettbewerb operierenden Unternehmen gewährt werden, um Kosten gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auszugleichen, die sie diesen Unternehmen auferlegen.³ Wie schwierig die Problematik zu bewältigen ist,

-
- 1 Vgl. hierzu z.B. *Slot/Skudder*, Common features of Community law regulation in the network-bound sectors, CMLR 2001, S. 87; *Paulweber/Weinand*, Europäische Wettbewerbspolitik und liberalisierte Märkte, EuZW 2001, S. 232; *Britz*, Staatliche Förderung gemeinwirtschaftlicher Dienstleistungen in liberalisierten Märkten und Europäisches Wettbewerbsrecht, DVBl. 2000, S. 1641.
- 2 Vgl. hierzu *Bruhns*, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im europäischen Binnenmarktrecht, 2001; *Hrbek/Nettesheim* (Hrsg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002; Schwarze (Hrsg.), Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, 2001; *Brede* (Hrsg.), Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, 2001; *Badura*, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unter Aufsicht der EG, Fs. Oppermann, 2001, S. 571; *Harms*, Daseinsvorsorge im Wettbewerb, 2001; *Magiera*, Gefährdung der öffentlichen Daseinsvorsorge durch das EG-Beihilfenrecht, Fs. Rauschning, 2001, S. 269; weitere umfangreiche Literaturnachweise bei *Nettesheim*, Europäische Beihilfenaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsfürsorge, EWS 2002, Heft 6, S. 1.
- 3 Vgl. zuletzt *Nettesheim*, ibid.; *Kommission*, Daseinsvorsorge in Europa, Mitteilung v. 26.9.1996, KOM (1996) 443, ABl. Nr. C 281 v. 26.9.1996, S. 3; *dies.*, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, Mitteilung v. 20.9.2000, KOM (2000) 580 endg., ABl. Nr. C 17 v. 19.1.2001 S. 4; *dies.*, Bericht für den Europäischen Rat in Laeken. Leistungen der Daseinsvorsorge, 17.10.2001, KOM (2001), 598; *dies.*, Bericht über den Stand der Arbeiten im Bereich der Leitlinien für staatliche Beihilfen im Rahmen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, 5.6.2002, KOM (2002) 280 endg.

zeigt nicht nur die zuletzt divergierende Rechtsprechung der europäischen Gerichte zu dieser Frage. Auch die Tatsache, dass die Generalanwälte *Léger* und *Jacobs* in ihren Schlussanträgen zu den noch anhängigen Rechtssachen *Altmark Trans*⁴ und *GEMO*⁵ der Rechtsprechung des EuGH in seiner „*Ferring*“-Entscheidung⁶ vom 22. November 2001 offen widersprochen haben und sich zudem in ihrer Argumentation gegen die Rechtsprechung des EuGH uneinig sind, verdeutlicht die Problematik. Der nachfolgende Beitrag beschreibt den Stand der Diskussion um das Verhältnis von mitgliedstaatlich finanzierten Unterstützungen an Unternehmen zur Abgeltung von gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungen und dem europäischen Beihilferegime, nimmt zu den gegenwärtig diskutierten Streitfragen Stellung und setzt sich mit den möglichen Konsequenzen einer Rechtsprechungsänderung für Unternehmen auseinander, die in Deutschland im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) tätig sind.

II. Beihilfenaufsicht nach Art. 87 ff. EGV

1. Normzweck und Norminhalt

Das in Art. 87 bis 89 EGV niedergelegte Beihilfenaufsichtsrecht ergänzt das Binnenmarktkonzept des EG-Vertrages gemäß Art. 3 lit. c) EGV, indem Art. 87 Abs. 1 EGV ein grundsätzliches Verbot für staatliche Beihilfen konstituiert, soweit sie aufgrund wettbewerbsverfälschender Wirkungen den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen können. Greifen keine spezielleren Normen⁷ ein, unterfallen den Art. 87 bis 89 EGV grundsätzlich sämtliche wirtschaftlichen Tätigkeiten aller Unternehmen und Produktionszweige.⁸ Nach allgemeiner Meinung wird der Begriff der Beihilfe weit ausgelegt und erfasst in beliebiger Form gewährte Zuwendungen an einen Wirtschaftsteilnehmer, die keine marktgerechte Gegenleistung für eine von diesem Wirtschaftsteilnehmer erbrachte Leistung darstellen.⁹ Beihilfen sind daher nicht nur Subventionen im eigentlichen Sinne, sondern alle Arten unmittelbarer oder mittelbarer staatlicher wirtschaftlicher Förderung, die

⁴ Schlussanträge des Generalanwalts *Léger*, EuGH, Rs. C-280/00 (*Altmark Trans*), „Magdeburger Verfahren“, noch nicht in amtl. Slg., unter <http://curia.eu.int/> abrufbar.

⁵ Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs*, EuGH, Rs. C-126/01 (*GEMO*), noch nicht in amtl. Slg., unter <http://curia.eu.int/> abrufbar.

⁶ EuGH, Rs. C-53/00, Slg. 2001, I-9067 (*Ferring*).

⁷ Z.B. Art. 36 (Landwirtschaft), Art. 73, 76, 78 (Verkehr) EGV oder Art. 48 EAGV.

⁸ Cremer, W., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 1999, Art. 87 EGV, Rdnr. 4.

⁹ St. Rspr. des EuGH seit EuGH, Rs. 30/59, Slg. 1961, 1 ff. (*De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/EGKS*).

nach dem *private-investor-test*¹⁰ der Europäischen Gerichte nicht als wirtschaftlich sinnvolle Investition zu qualifizieren ist.

Darüber hinaus ist für die Qualifizierung einer staatlichen Maßnahme als Beihilfe i.S.v. Art. 87 Abs. 1 EGV erforderlich, dass die Begünstigung bestimmten privaten oder öffentlichen Unternehmen oder Produktionszweigen zukommt. Das Verbot der Gewährung staatlicher Beihilfen nach Art. 87 Abs. 1 EGV gilt daher auch in Bezug auf im ÖPNV tätige öffentliche und mit ausschließlichen und besonderen Rechten ausgestattete Unternehmen gemäß Art. 86 Abs. 1 EGV.¹¹ Adressaten der Beihilfegesetze sind nur die Mitgliedstaaten, nicht die Unternehmen. Ohne die Bestimmung des Art. 86 Abs. 1 EGV bestünde theoretisch die Gefahr, dass die Mitgliedstaaten die Beihilferegelungen des EG-Vertrages umgehen, indem sie Beihilfen nicht selbst, sondern über öffentliche Unternehmen auszahlen.¹² Allerdings sind die Europäischen Gerichte dieser Befürchtung in der Rechtswirklichkeit nicht durch eine Anwendung des Art. 86 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Art. 87 Abs. 1 EGV begegnet, sondern haben ohne Rückgriff auf Art. 86 Abs. 1 EGV den Art. 87 Abs. 1 EGV nicht erst dann für anwendbar erklärt, wenn die finanzielle Förderung direkt aus staatlichen Haushaltssmitteln stammt, sondern lassen es ausreichen, wenn die Förderung gewährende Stelle als „verlängerter Arm des Staates“¹³ erscheint. Das Tatbestandsmerkmal „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe“ wird also vom EuGH so weit ausgelegt, dass insoweit eine Involvierung staatlicher Mittel i.S.v. Art. 87 Abs. 1 EGV schon dann vorliegt, wenn der Staat auf die Mittelvergabe substanziellem Einfluss nehmen kann.¹⁴ Hierfür kann beispielsweise schon eine staatliche Einflussnahme auf eine Unternehmensentscheidung durch Ausübung von Mehrheitsrechten ausreichend sein.¹⁵

Schließlich ist der Schutzbereich von Art. 87 Abs. 1 EGV nur dann berührt, wenn die Beihilfe den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht. Während einige¹⁶ bereits in jeder Beihilfengewährung als solcher eine wettbewerbsverfälschende

¹⁰ Hierbei handelt es sich um einen Vergleich des staatlichen Verhaltens mit dem eines umsichtigen Privatanlegers unter den gegebenen Umständen, vgl. EuGH, Rs. C-39/94, Slg. 1996, I-3547, 3596, Rdnr. 60 f. (*SFEI u.a.*); EuG, Rs. T-358/94 Slg. 1996, II-2109, 2134, Rdnr. 70 f. (*Air France/Kommission*).

¹¹ Dohms, in: Wiedemann (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 1999, § 35, Rdnr. 108; Hochbaum, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EGV, 1999, Band 2, Art. 90, Rdnr. 47.

¹² Schwarze, Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrecht, EuZW 2000, S. 613, 625; Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht, 1997, Band 2 C. Art. 37, 90 EGV, Rdnr. 66.

¹³ So Mestmäcker, ibid., Rdnr. 67.

¹⁴ Müller-Graff, Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, ZHR 1988, S. 403, 413; Cremer, W., in: Calliess/Ruffert, (Fn. 8.), Art. 87, Rdnr. 10 f. m.w.N.

¹⁵ Vgl. EuGH Rs. C-290/83, Slg. 1985, 439, 449, Rdnr. 14 (*Frankreich/Kommission*); EuG, Rs. T-358/94, Slg. 1996, II-2109, 2131, Rdnr. 56 (*Air France/Kommission*).

¹⁶ Vgl. z.B. Vorbringen der Kommission zu EuGH, Rs. C-304/85, Sitzungsbericht, Slg. 1987, 871, 878 (*Falck/Kommission*); GA Capotorti, Schlussanträge zu EuGH, Rs. 730/79, Slg. 1980, 2671, 2693, 2698 f. (*Philip Morris/Kommission*); GA Warner, Schlussanträge zu EuGH, Rs. 173/73, Slg. 1974, 709, 722, 729

Maßnahme erblicken, ist der EuGH¹⁷ der Ansicht, dass anhand einer Marktanalyse festgestellt werden muss, ob die Stellung des Begünstigten auf einem bestimmten Markt zu Lasten seines (potentiellen) Konkurrenten verbessert worden ist. Die Klärung dieser Streitfrage mag an dieser Stelle dahingestellt bleiben, da sie in der Praxis regelmäßig zu den selben Ergebnissen führt.

2. Wettbewerbsrechtliche Pflichten der Mitgliedstaaten

Insbesondere die Subventionierung von Unternehmen stellt in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union eine beliebte und häufig angewandte Regulierungsform dar, die sich an Art. 87 EGV messen lassen muss. Die Kommission und der EuGH haben in der Vergangenheit z.B. verlorene Zuschüsse¹⁸, verbilligte Darlehen, Kredite zu unter Marktniveau liegenden Konditionen¹⁹, die individuelle Befreiung und Ermäßigung von Steuern²⁰, Beiträgen²¹ oder Gebühren sowie staatliche Bürgschaften oder Wechselkursgarantien²², wenn diese am Markt nicht oder nur zu einem höheren Zinssatz angeboten werden, als unzulässige staatliche Beihilfen i.S.v. Art. 87 Abs. 1 EGV qualifiziert.

3. Normstellung

Nach der Rechtsprechung des EuGH²³ sind staatliche Maßnahmen, die unproblematisch als Beihilfe im Sinne von Art. 87 EGV zu qualifizieren sind, nur an

(Italien/Kommission); GA Lenz, Schlussanträge zu EuGH, Rs. 234/84, Slg. 1986, 2263, 2264, 2274 (Belgien/Kommission).

17 Vgl. EuGH, Rs. 730/79, Slg. 1980, 2671, 2688, Rdnr. 11 (*Philip Morris/Kommission*); EuGH, verb. Rs. 296/82 u. 318/82, Slg. 1985, 809, 824, Rdnr. 24 (*Niederlande und Leeuwarder Papierwarenfabriek/Kommission*); zustimmend Wenig, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, (Fn. 11), EWGV, 1991, Band 2, Art. 92 EWGV, Rdnr. 20.

18 Vgl. EuGH, verb. Rs. 62/87 u. 72/87, Slg. 1988, 1573, 1593, Rdnr. 13 (*Exécutif régional wallon/Kommission*).

19 Vgl. EuGH, Rs. C-301/87, Slg. 1990, I-307, 362, Rdnr. 41 (*Frankreich/Kommission*).

20 Vgl. Kommission, Entscheidung v. 19.12.1984 (Kapitalsteuer), ABl. EG Nr. L 216 v. 13.8.1985, S. 12; EuGH, Rs. 70/72, Slg. 1973, 813, 830, Rdnr. 21 (*Kommission/Deutschland*).

21 Kommission, Entscheidung v. 15.9.1980 (Arbeitgeberbeiträge zur Krankenversicherung), ABl. EG Nr. L 264 v. 8.10.1980, S. 28; EuGH, Rs. C-301/87, Slg. 1990, I-307, Rdnr. 41 (*Frankreich/Kommission*).

22 Kommission, Entscheidung v. 12.12.1990 (Schiffswerften), ABl. EG Nr. L 158 v. 22.6.1991, S. 71, 72; *dies.*, Entscheidung v. 18.5.1979 (Produktionskapazitäten von Exportunternehmen), ABl. EG Nr. L 138 v. 6.6.1979, S. 30; *dies.*, Mitteilung über öffentliche Unternehmen, ABl. EG Nr. C 307 v. 13.11.1993, S. 3, 13, Rdnr. 38.

23 Vgl. EuGH, Rs. 249/81, Slg. 1982, 4005, 4020, Rdnr. 16 ff. (*Kommission/Irland*); EuGH, Rs. 18/84, Slg. 1985, 1339, 1347, Rdnr. 13 (*Kommission/Frankreich*); EuGH, Rs. 103/84, Slg. 1986, 1759, 1774, Rdnr. 19-25 (*Kommission/Italien*); EuGH, Rs. C-21/88, Slg. 1990, I-889, 921, Rdnr. 19-22 (*Du Pont de Nemours Italiana*); ausführlich zu der Entwicklung der Rechtsprechung Cremer, W., Das Verhältnis der Beihilferegel gemäß Art. 92 f. EGV zur Warenverkehrsfreiheit, EuR 1996, S. 225, 227 ff.

den Art. 87 ff. EGV und nicht an den Grundfreiheiten des EG-Vertrages zu messen. In der Rechtssache *Ianelli*²⁴ begründete der Gerichtshof dies damit, dass es die in Art. 87 ff. EGV geregelte Zuständigkeitsverteilung verbiete, Beihilfen als solche an den Art. 28 ff. EGV zu messen.²⁵ Eine Überprüfung anhand letzterer Vorschriften komme nur dann in Betracht, wenn eine staatliche Beihilfe nur „möglicherweise“ als Beihilfe im Sinne von Art. 87 EGV betrachtet werden kann.²⁶ Da sich aus der Struktur und den materiellen Kriterien der Ausnahmetatbestände der Art. 87 ff. EGV ergibt, dass diese grundsätzlich als speziellere Vertragsvorschriften für die Behandlung handelsbeeinträchtigender Beihilfen angesehen werden müssen,²⁷ ist dieser Rechtsprechung des EuGH im Kern zuzustimmen. Allerdings ist die Beurteilung unklarer Maßnahmen, bei denen die Qualifizierung als Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV rechtliche Probleme aufwirft, sehr gewissenhaft vorzunehmen, um die im EG-Vertrag festgelegte Spezialität der Beihilfenvorschriften gegenüber der Anwendung den Grundfreiheiten nicht leer laufen zu lassen.

4. Rechtfertigung

Ist eine staatliche Maßnahme als eine unzulässige Beihilfe i.S.v. Art. 87 Abs. 1 EGV zu qualifizieren, verstößt sie nur dann nicht gegen den EG-Vertrag, wenn sie durch einen geschriebenen oder ungeschriebenen Ausnahmetatbestand gerechtfertigt werden kann.²⁸ Zunächst enthält Art. 87 Abs. 2 EGV drei Legalausnahmen für die von Abs. 1 erfassten Beihilfen, die als generelle Ausnahmetatbestände Beihilfen kraft Gesetzes rechtfertigen. Daneben steht es im Ermessen²⁹ der Europäischen Kommission, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen einer der fakultativen Aus-

²⁴ EuGH, Rs. 74/76, Slg. 1977, 557 ff. (*Ianelli/Meroni*).

²⁵ Ibid., 575, Rdnrn. 11 u. 12.

²⁶ EuGH, Rs. 18/84, Slg. 1985, 1339, 1347, Rdnr. 13 (*Kommission/Frankreich*); EuGH, Rs. 103/84, Slg. 1986, 1759, 1774, Rdnr. 19 (*Kommission/Italien*); EuGH, Rs. C-21/88, Slg. 1990, I-889, 922, Rdnr. 20 (*Du Pont de Nemours Italiana*); Cremer, W., in: Calliess/Ruffert, (Fn. 8), Art. 87 EGV, Rdnr. 47 m.w.N.; ders., Das Verhältnis der Beihilferegeln gemäß Art. 92 f. EGV zur Warenverkehrsfreiheit, EuR 1996, S. 225, 236 f. m.w.N.

²⁷ So die h.M., vgl. Müller-Graff, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EUV/EGV, 1997, Band 1, Art. 30 EGV, Rdnr. 342 m.w.N.; von Wallenberg, in: Grabitz/Hilf, EUV/EGV, 1996, Art. 92 EGV, Rdnr. 90; Hochbaum, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EGV, 1999, Band 2, Vorb. zu Art. 92-94 EGV, Rdnr. 10; Cremer, W., in: Calliess/Ruffert, (Fn. 8), Art. 87 EGV, Rdnr. 47; ders., Das Verhältnis der Beihilferegeln gemäß Art. 92 f. EGV zur Warenverkehrsfreiheit, EuR 1996, S. 225, 233 ff.; Oppermann, Europarecht, 1999, § 15, Rdnr. 1117.

²⁸ Zu den Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten vom Beihilfeverbot vgl. die umfangreichen Literaturnachweise bei Oppermann, Europarecht, 1999, § 15, vor Rdnr. 1119.

²⁹ Vgl. zum Ermessensspielraum der Kommission EuGH, Rs. 730/79, Slg. 1980, 2671, 2690, Rdnr. 17 (*Philip Morris/Kommission*); EuGH, Rs. 74/7, Slg. 1977, 557, 575, Rdnrn. 11 u. 12 (*Iannelli/Meroni*); EuGH, Rs. C-301/87, Slg. 1990, I-307, 355, Rdnr. 15, (*Frankreich/Kommission*); EuGH, Rs. C-39/94, (Fn. 10), 3589, Rdnr. 36 (*SFEI u.a.*); Cremer, W., in: Calliess/Ruffert, (Fn. 8), Art. 87 EGV, Rdnr. 25 m.w.N.; Götz, in: Dausse (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 1996, Band 2, H. III, Rdnr. 48.

nahmebestimmungen nach Abs. 3 lit. a) bis d) erfüllt sind, eine Freistellung von Beihilfen gemäß Art. 87 Abs. 3 lit. e) EGV zu gewähren. Schließlich können nach Art. 87 Abs. 1 EGV grundsätzlich unzulässige staatliche Beihilfen auch nach der Vorschrift des Art. 86 Abs. 2 EGV gemeinschaftsrechtlich gerechtfertigt sein. Zudem gibt es noch Bereichsausnahmen wie z.B. Art. 73 EGV für den Verkehrssektor, nach dem Beihilfen für Verkehrsunternehmen unter bestimmten Voraussetzungen mit dem Vertrag vereinbar sind.

Im Rahmen von drei Gruppenfreistellungsverordnungen³⁰ hat der europäische Gesetzgeber darüber hinaus bestimmte Typen von Beihilfen von vornherein als mit dem Gemeinsamen Markt für vereinbar erklärt und von der Notifizierungspflicht des Art. 88 Abs. 3 EGV freigestellt. Insoweit ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Mitteilung 96/C68/06 der Kommission³¹ sowie die Verordnung 69/2000³² über Freistellungsmöglichkeiten bei sogenannten „De-minimis-Beihilfen“ nicht für den Verkehrssektor und somit auch nicht im Bereich des ÖPNV gelten.

III. Bestehender Ordnungsrahmen für den ÖPNV

1. Europäischer Rechtsrahmen für den ÖPNV

Wesentliche Norm innerhalb des europäischen Rechtsrahmens für den öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) ist Art. 73 EGV. Er stellt neben Art. 87 Abs. 2 EGV eine wichtige Legalaußnahme vom allgemeinen Beihilfeverbot des Art. 87 Abs. 1 EGV dar. Artikel 73 EGV erklärt staatliche Beihilfen an Verkehrsunternehmen für zulässig, wenn sie entweder der Koordinierung des Verkehrs dienen oder durch sie Verpflichtungen eines Verkehrsträgers aufgrund der Leistung eines öffentlichen Dienstes kompensiert werden sollen. Zu der ersten Fallgruppe der Koordinierungsbeihilfen sind insbesondere solche Vergünstigungen zu rechnen, die die Angleichung der Wettbewerbsbedingungen zwischen den Verkehrsunternehmen der Mitgliedstaaten oder die Sicherstellung der Leistungsfähigkeit durch

³⁰ Verordnung (EG) 70/2001 der Kommission v. 2.1.2001 über die Anwendung der Art. 87 und 88 EGV auf staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen (KMU), ABl. Nr. L 10 v. 13.1.2001, S. 33; Verordnung (EG) 68/2001 der Kommission v. 12.1.2001 über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf Ausbildungsbeihilfen ABl. Nr. L 10 v. 13.1.2001, S. 20; Verordnung (EG) 69/2001 der Kommission vom 12.1.2001 über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis-Beihilfen“, ABl. Nr. L 10 v. 13.1.2001, S. 30; Rechtsgrundlage der drei VOen ist Verordnung (EG) 994/98 des Rates v. 7.5.1998 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABl. Nr. L 142 v. 14.5.1998, 1.

³¹ Mitteilung 96/C68/06 der Kommission über De-minimis-Beihilfen, ABl. Nr. C 68 v. 6.3.1996, S. 9.

³² Verordnung (EG) Nr. 69/2001 der Kommission v. 12.1.2001 über die Anwendung der Art. 87 und 88 EGV auf De-minimis-Beihilfen (Fn. 30).

die Bereinigung von Strukturschwächen im Verkehrssystem zum Gegenstand haben. Hierzu gehört beispielsweise die auf Art. 73 EGV gestützte VO (EWG) 1192/69 des Rates vom 26. Juni 1969 über gemeinsame Regeln für die Normalisierung der Konten der Eisenbahnen.³³

Auf sekundärer Ebene wird der europäische Rechtsrahmen für den ÖPNV derzeit noch von der Verordnung (EWG) 1191/69 vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs³⁴ (im Folgenden VO 1191/69) bestimmt.

Die VO 1191/69 ist eine weitere wichtige Legalausnahme des allgemeinen Beihilfeverbots. Zweck dieser Verordnung ist es, eine Marktöffnung (Liberalisierung) im Bereich von Verkehrsunternehmen zu veranlassen. Verkehrsleistungen sollen im Wege des Einkaufs beschafft werden. Hierzu dient die Einführung des sogenannten „Bestellerprinzips“. Dazu werden kraft der Verordnung Monopolstellungen, die sich aus Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes (Daseinsvorsorge) ergeben, prinzipiell aufgehoben. Den Erfordernissen der Daseinsvorsorge darf nach der Verordnung jedoch dadurch Rechnung getragen werden, dass die „ursprünglichen“ Pflichten des öffentlichen Dienstes dem Ersteller der Verkehrsleistung auferlegt oder beibehalten werden. Artikel 2 VO 1191/69 definiert diese Verpflichtungen als solche, „die das Verkehrsunternehmen im eigenen wirtschaftlichen Interesse nicht oder [...] nicht unter den gleichen Bedingungen übernehmen würde.“ In fast allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union werden Verkehrsunternehmen (insbesondere Eisenbahnen) regelmäßig durch staatliche Regulierung gemeinwohlorientierte Verpflichtungen auferlegt, wie zum Beispiel allgemeine Betriebspflicht, Beförderungspflicht oder Tarifpflicht oder die Sicherstellung eines flächendeckenden Angebots auch auf unrentablen Strecken. Normzweck des Art. 73 EGV ist es, die diesen Verkehrsträgern zugewendeten finanziellen Vergünstigungen für ihre gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen vom gemeinschaftlichen Beihilfeverbot des Art. 87 Abs. 1 EGV auszunehmen.³⁵ Zulässig sind Ausgleichszahlungen aber nur, wenn diejenige Verkehrslösung gewählt wurde, die die geringsten Kosten für die Allgemeinheit mit sich bringt.

Ist dies nicht der Fall, handelt es sich folglich um eine rechtswidrige Beihilfe, die nicht gewährt werden darf.

³³ ABI. EG Nr. L 156 v. 28.6.1969, S. 8, geändert durch VO (EWG) 1473/75, ABI. EG Nr. L 152 v. 12.6.1975, S. 1; VO (EWG) 1658/82, ABI. EG Nr. L 184 v. 29.6.1982, S. 1; VO (EWG) 1100/89, ABI. EG Nr. L 116 v. 14.12.1989, S. 4; VO (EWG) 3578/92, ABI. EG Nr. L 364 v. 12.12.1992, S. 11; VO (EG) 2255/96, ABI. EG Nr. L 304 v. 27.11.1996, S. 3 und VO (EG) 543/97, ABI. EG Nr. L 84 v. 26.3.1997, S. 6.

³⁴ ABI. EG Nr. L 156 v. 28.6.1969, S. 1; geändert durch VO (EWG) 1893/91, ABI. EG Nr. L 169 v. 29.6.1991, S. 1.

³⁵ Jung, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 8), Art. 73 EGV, Rdnr. 3.

Inzwischen sind auf der Grundlage des Art. 73 EGV so zahlreiche EG-Verordnungen³⁶ ergangen, dass aufgrund der umfassenden sekundärrechtlichen Ausgestaltung Art. 73 EGV „für sich genommen kaum mehr eigenständige Bedeutung zu haben scheint.“³⁷ Dies gilt insbesondere im Hinblick auf Art. 3 VO 1107/70 vom 4. Juni 1970 über Beihilfen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr³⁸, in der ein abschließender Katalog sämtlicher Anwendungsfälle der nach Art. 73 EGV zulässigen Verkehrsbeihilfen normiert ist. Allerdings handelt es sich hierbei, angesichts der Tatsache, dass das primäre Gemeinschaftsrecht durch gemeinschaftsrechtliches Sekundärrecht weder beschränkt noch verändert werden kann, systematisch nur um eine „Selbstverpflichtung der Mitgliedstaaten“³⁹ ohne endgültigen Charakter auf dem Gebiet der Verkehrspolitik.

2. Nationaler Rechtsrahmen für den ÖPNV

Der bundesdeutsche Gesetzgeber ist dem europäischen Rechtsansatz gefolgt und hat die Grundzüge der VO 1191/69 in das Personenbeförderungsgesetz (im folgenden: PBefG) aufgenommen. Mit dem Ziel der Stärkung der unternehmerischen Eigenverantwortung der beauftragten Verkehrsunternehmen hat das PBefG in § 8 Abs. 4 den Grundsatz eingeführt, dass die Verkehrsleistung in der Regel eigenwirtschaftlich, also unsubventioniert durchgeführt werden soll. Soweit eine ausreichende Verkehrsbedienung eigenwirtschaftlich nicht möglich ist, ist diese nach Maßgabe der VO 1191/69 gemeinwirtschaftlich zu erbringen.⁴⁰ Der Eigenwirtschaftlichkeit ist demnach die gemeinwirtschaftliche Verkehrslösung gegenüberzu stellen. Letztere soll aber nur den Ausnahmefall darstellen.

Wie bereits ausgeführt, darf nach der VO 1191/69 eine Ausgleichszahlung für gemeinwirtschaftlich zu erbringenden Verkehr nur dann erfolgen, wenn diejenige Lösung gewählt wurde, die die geringsten Kosten für die Allgemeinheit mit sich bringt. Die VO 1191/69 macht selbst keine näheren Angaben dazu, wann dies der Fall ist. Die Anwendungsverordnung⁴¹ zu § 13a PBefG sieht dazu im deutschen Recht vor, dass eine bestimmte Verkehrslösung dann die geringsten Kosten für die

³⁶ Vgl. Übersicht bei *Frohnmeyer*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EUV/EGV, 1996, Art. 77 EGV, Rdnrn. 5-11.

³⁷ So *Jung*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 8), Art. 73 EGV, Rdnr. 5.

³⁸ ABI. EG Nr. L 130 v. 15.6.1970, S. 1; geändert durch VO (EWG) 1473/75, ABI. EG Nr. L 152 v. 12.6.1975, S. 1; VO (EWG) 1658/82, ABI. EG Nr. L 184 v. 29.6.1982, S. 1; VO (EWG) 1100/89, ABI. EG Nr. L 116 v. 14.12.1989, S. 4; VO (EWG) 3578/92, ABI. EG Nr. L 364 v. 12.12.1992, S. 11; VO (EG) 2255/96, ABI. EG Nr. L 304 v. 27.11.1996, S. 3 und VO (EG) 543/97, ABI. EG Nr. L 84 v. 26.3.1997, S. 6.

³⁹ So *Frohnmeyer*, in: Grabitz/Hilf, (Fn. 36.), Art. 77 EGV, Rdnr. 8; *Jung*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 8), Art. 73 EGV, Rdnr. 5.

⁴⁰ Vgl. dazu § 8 Abs. 4 Satz 3 PBefG.

⁴¹ Verordnung zur Anwendung von § 13a Abs. 1 Satz 3 PBefG v. 15.12.1995, BGBl. I, S. 1705.

Allgemeinheit darstellt, wenn sie im Rahmen einer Ausschreibung nach der VOL/A⁴² erfolgt. Das gilt ausnahmslos, wenn bestimmte Pflichten zur Durchführung von Verkehrsleistungen vertraglich auferlegt sind. Das bedeutet, dass eine finanzielle Unterstützung des Unternehmens rechtswidrig ist, wenn es einen gemeinwirtschaftlichen Verkehr durchführt, ohne dass zuvor eine Ausschreibung stattgefunden hat. Eigenwirtschaftliche Dienste unterliegen hingegen einer „einfachen“ Genehmigung nach Maßgabe des § 13 PBefG. Eine Ausschreibungspflicht ist dafür bislang nicht vorgesehen.

Die Genehmigung nach § 13 PBefG ist wegen fehlender Leistungsfähigkeit des Antragstellers zu versagen, wenn der Verkehr durch gemeinschaftsrechtlich unzulässige Beihilfen finanziert werden soll oder es sich um einen gemeinwirtschaftlichen Verkehr im Sinne des § 13a PBefG handelt. Demzufolge kann ein privater Verkehrsunternehmer die einem anderen Unternehmer (etwa einem kommunalen Unternehmen) unter Missachtung dieses Maßstabes erteilte Linienverkehrsgenehmigung erfolgreich anfechten. Die Genehmigungsbehörde⁴³ hat nach § 25 PBefG die Genehmigung zu widerrufen, wenn nicht mehr alle Voraussetzungen des § 13 PBefG vorliegen. Dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn für eine gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistung eine Genehmigung nach § 13 PBefG und nicht nach § 13a PBefG unter Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung erteilt wurde.

Vor diesem Hintergrund ist die Art der Erteilung der Genehmigung somit maßgeblich von der Frage der Eigen- bzw. der Gemeinwirtschaftlichkeit der zu genehmigenden Leistung abhängig.

a) Eigenwirtschaftlichkeit

Eigenwirtschaftlich sind nach § 8 Abs. 4 PBefG Verkehrsleistungen, deren Aufwand durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie durch sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinn gedeckt wird.

Unter gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen werden im wesentlichen Ausgleichszahlungen für „gemeinwirtschaftliche Leistungen“ der Schülerbeförderung bzw. Schwerbehindertenbeförderung angesehen. Sie sind Surrogate für den Teil der Beförderungserlöse, der infolge von Sozialtarifen oder unentgeltlicher Beförderung nicht erwirtschaftet werden kann. Sie sind also ein Ausgleich für Fahrgeldausfälle, die durch die besondere Gestaltung im Tarifbereich entstehen.

⁴² Verdingungsordnung für Leistungen.

⁴³ Die Genehmigungsbehörde wird in eigenen ZuständigkeitsVO der Länder bestimmt (z.B. für Nordrhein Westfalen: VO über die zuständigen Behörden und über die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach den PBefG v. 30.3.1990, GV NW 1990, S. 247, wonach Genehmigungsbehörde die Regierungspräsidenten sind).

Der Begriff der Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne ist EG-rechtskonform und sehr streng auszulegen. Maßgeblich hierzu sind insbesondere die Bestimmungen des § 275 Abs. 2 HGB. Keinesfalls darf hierunter die Gewährung von Quersubventionierungen oder sonstige Verlustausgleiche der öffentlichen Hand subsumiert werden. Insbesondere darf bei der Beurteilung von Erträgen nach § 13 PBefG die Eigenwirtschaftlichkeit von Verkehren nicht durch Einnahmen hergestellt werden, bei denen es sich gemäß Art. 87 EGV um unzulässige Beihilfen, wie z.B. die Verlustübernahme durch eine kommunale Gebietskörperschaft handelt. Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinn wurden und werden in der Praxis unzulässigerweise oftmals als Grundlage dafür herangezogen, die Eigenwirtschaftlichkeit von Verkehrsdiensleistungen trotz umfangreicher Verlustübernahme durch die öffentliche Hand zu rechtfertigen. Diese Praxis hat das OVG Magdeburg in einer vielbeachteten Entscheidung für unzulässig erklärt. Eine detaillierte Darstellung dieser Entscheidung erfolgt im weiteren Verlauf.

b) Gemeinwirtschaftlichkeit

§ 13a PBefG macht die Genehmigung bei einer gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistung davon abhängig, ob diese für die Umsetzung einer Auferlegung oder Vereinbarung im Sinne der VO 1191/69 des Rates erforderlich ist. Zwar sind nach Art. 1 Abs. 3 der VO 1191/69 auferlegte Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes grundsätzlich aufzuheben (d.h. Verpflichtungen, die das Verkehrsunternehmen im eigenen wirtschaftlichen Interesse nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht unter den gleichen Bedingungen übernehmen würde; z.B. Betriebspflicht, Beförderungspflicht oder Tarifpflicht). Artikel 1 Abs. 5 und 6 der VO 1191/69 erlaubt allerdings die Beibehaltung und Auferlegung von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes, wenn dies den Interessen einer oder mehrerer sozialer Gruppen entspricht. Zuschüsse und Subventionen der öffentlichen Hand sind nach der VO 1191/69 also nur noch dann zulässig, wenn sie auf der Auferlegung oder Vereinbarungen des Verkehrsdiestes zur Sicherstellung einer ausreichenden Verkehrsbedienung beruhen oder von der Europäischen Kommission im Rahmen eines Beihilfeverfahrens akzeptiert wurden. Hierzu ist, wie bereits ausgeführt, diejenige Lösungsmöglichkeit zu wählen, die die geringsten Kosten für die Allgemeinheit mit sich bringt, die also im Zuge eines Ausschreibungswettbewerbs ermittelt wurde. Jede darüber hinausgehende Zuwendung (z.B. zum Ausgleich zusätzlich erwirtschafteter Verluste) wird nicht mehr vom Zulässigkeitsrahmen der VO 1191/69 erfasst. Sie ist daher vom Grundsatz her als verbotene Beihilfe zu qualifizieren.

c) Neuere Entwicklung im Bereich des nationalen Rechtsrahmens

Diese Systematik wurde im PBefG zur Umsetzung der VO 1191/69 in der Form der Verordnung 1893/91 verankert und sollte somit den kontrollierten Wettbe-

werb auch im Bereich des ÖPNV einführen. In der Vergangenheit hat sich allerdings zunehmend die Frage gestellt, ob dieses Prinzip des kontrollierten Wettbewerbs in der Praxis auch in ausreichendem Ausmaß zur Anwendung kommt. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das Urteil des OVG Magdeburg vom 7. April 1998⁴⁴, das zu einer grundlegenden Neudeinition des Rechtsrahmens für den ÖPNV führen kann.⁴⁵

In dem zugrundeliegenden Rechtsstreit ging ein im Besitz eines Landkreises befindliches Nahverkehrsunternehmen als Klägerin gegen die Versagung einer Genehmigung zum Betrieb von Nahverkehrslinien vor. Beklagte war die Genehmigungsbehörde, die die entsprechende Konzession unter Berufung auf Bestandschutz zuvor ohne Ausschreibung an ein anderes, durch die Treuhandanstalt privatisiertes Nahverkehrsunternehmen vergeben hatte. Dieses war als Beigeladene am Verfahren beteiligt.

Die Klägerin machte geltend, dass der Beigeladenen die erforderliche Leistungsfähigkeit fehle, da sie nicht in der Lage sei, die Kosten des laufenden Betriebs zu decken. In der Tat sind beide Betreiber nicht in der Lage, den betreffenden Verkehr ohne Ausgleichszahlungen zu betreiben. Beide machen jedoch geltend, jeweils geringere Subventionen zu benötigen als der andere und schon aus diesem Grund vorzugswürdig zu sein.

Die Genehmigungsbehörde war ursprünglich (bei der Beurteilung der Genehmigungsvoraussetzungen) der Ansicht, dass es sich hierbei um einen eigenwirtschaftlichen Verkehr handle und sie folglich eine Genehmigung nach § 13 PBefG erteilen könne. Ausschlaggebend für diese Beurteilung war, dass die Beigeladene eine Deckungszusage ihres Gesellschafters (des Landkreises, in dessen Gebiet die Nahverkehrslinie verläuft) für aus dem Betrieb des Verkehrs anfallende Verluste nachweisen konnte. Auf dieser Grundlage sah die Genehmigungsbehörde die Leistungsfähigkeit der Beigeladenen als gegeben an. Eine Ausschreibung ist daher nicht erfolgt.

Eigenwirtschaftlich ist gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG allerdings nur derjenige Verkehr, dessen Aufwand durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif und Fahrplanbereich sowie „sonstigen Unternehmenserträgen im handelsrechtlichen Sinne“ gedeckt wird.

Das OVG Magdeburg stützte sich bei der Beurteilung der Eigenwirtschaftlichkeit des betreffenden Verkehrs nicht auf die Frage, ob die Deckungszusage des Gesellschafters als sonstige Zuwendung im Sinne des § 8 Abs. 4 PBefG anzusehen ist oder nicht, sondern stellte vielmehr auf einen europarechtlichen Beihilfeansatz ab.

⁴⁴ OVG Magdeburg, Urteil v. 7.4.1998, Az. A 1/4 S 221/97, Transportrecht 1999, S. 27.

⁴⁵ Das BVerwG, als Revisionsgericht, hat das Verfahren mittlerweile ausgesetzt und sich an den EuGH um Vorabentscheidung gewandt (Näheres dazu weiter unten).

Ausgangspunkt hierfür bildet Art. 1 Abs. 3 der VO 1191/69 i.V.m. Art. 73 und 87 EGV. Demnach ist jede Zahlung von Subventionen und Zuschüssen der öffentlichen Hand an bestimmte Verkehrsunternehmen als staatliche Beihilfe (i.S.d. Art. 87 EGV) zu qualifizieren und folglich grundsätzlich verboten. Als Ausnahme gestattet Art. 1 Abs. 5 VO 1191/69 den zuständigen Behörden der Mitgliedsstaaten, im Stadt-, Vorort- und Regionalpersonenverkehr Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes, die sich aus der Daseinsvorsorge ergeben, beizubehalten oder dem (privaten) Verkehrsdiestleistungserbringer aufzuerlegen. Die verpflichteten Verkehrsunternehmen haben für die Übernahme dieser Verpflichtung einen Ausgleich nach den Abschnitten II, III und IV der VO zu erhalten.

Im Umkehrschluss argumentiert das OVG Magdeburg, dass eine finanzielle Unterstützung der Beigeladenen durch eine staatliche Stelle (hier der Landkreis als Gesellschafter und Aufgabenträger) nicht zulässig sei und folglich eine nach Art. 73 und 87 EGV verbotene Beihilfe darstelle, solange die zuständige Behörde die Bedienung der betreffenden Nahverkehrslinie mit der Beigeladenen weder vertraglich vereinbart noch der Beigeladenen als Verpflichtung des öffentlichen Dienstes auferlegt habe. Die vom Landkreis gegebene Deckungszusage für Verluste aus dem Betrieb der Nahverkehrslinie sei somit gemeinschaftsrechtswidrig und könne bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit der Beigeladenen nicht berücksichtigt werden. Das Gericht kam daher zur Schlussfolgerung, dass die Beigeladene nicht in der Lage sei, den Verkehr eigenwirtschaftlich zu betreiben. Die erteilte Genehmigung sei daher rechtswidrig vergeben worden.

Auf der Grundlage dieser rechtlichen Würdigung hob das OVG Magdeburg den Versagungsbescheid der Beklagten auf. Den weitergehenden Verpflichtungsantrag der Klägerin wies das Gericht mit dem Hinweis zurück, dass nun ein Vergabeverfahren durchzuführen sei. Gegen das Urteil des OVG Magdeburg wurde Revision vor dem BVerwG erhoben. Der Fall ist insbesondere insofern von Bedeutung, als das BVerwG das Verfahren ausgesetzt hat und ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV vor dem EuGH eingeleitet hat.⁴⁶ Bis zur endgültigen Entscheidung des BVerwG erlangt das Urteil des OVG Magdeburg keine Rechtskraft.

⁴⁶ BVerwG, Beschluss v. 6.4.2000, 3 C 7.99, DVBl. 2000, S. 1617, 1619. In diesem Beschluss ist das BVerwG hinsichtlich der Auslegung des nationalen Rechts zu folgenden Erkenntnissen gekommen: Die Leistungsfähigkeit nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 PBefG ist laut BVerwG ein Merkmal, welches ohne Rücksicht auf den wirtschaftlichen Erfolg des zu genehmigenden Linienverkehrs zu bestimmen ist, so dass die fehlende Kostendeckung keine Rolle spielt. So hindert die Zuschussbedürftigkeit eines Linienverkehrs, wenn allein auf das nationale Recht abgestellt wird, nach dem eindeutigen Willen des nationalen Gesetzgebers nicht, einen solchen Linienverkehr den eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen i.S.d. § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG zuzuordnen. Nach dieser Ansicht des BVerwG sind vertraglich oder durch Zuwendungsbescheid gewährte Zuschüsse als Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne gem. § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG und somit als eigenwirtschaftliche Einnahmen zu werten. Die Eigenwirtschaftlichkeit wird durch derartige Zuschüsse nicht in Frage gestellt. Allerdings stehen diese Aussagen des BVerwG zur Auslegung des § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG unter dem Vorbehalt ihrer Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht. Vor diesem Hintergrund hielt das BVerwG eine Klärung dieser Problematik durch den EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 234 EGV für geboten.

Mit dem Vorabentscheidungsersuchen des BVerwG zum Urteil des OVG Magdeburg an den EuGH sollen die Voraussetzungen geklärt werden, unter denen Zuschüsse der öffentlichen Hand an Verkehrsunternehmen im ÖPNV dem EU-Beihilferecht unterliegen und welche Voraussetzungen danach für die Gewährung von Beihilfen im ÖPNV gelten.

Im einzelnen prüft der EuGH derzeit aufgrund einer Vorlagefrage des BVerwG, ob die Vergabe von Verkehrsverträgen auch dann ausgeschrieben werden muss, wenn die Eigenwirtschaftlichkeit nur auf der Grundlage öffentlicher Beihilfen besteht. Wie bereits oben erwähnt, erlaubt die gültige Definition für eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen, Zahlungen der öffentlichen Hand (Subventionen, Gesellschaftseinlagen, Verlustrechnung im Querverbund) auch als „sonstige Erträge im handelsrechtlichen Sinne“ zu verbuchen und so die angebotenen Verkehrsleistungen trotz ihres Zuschussbedarfes als eigenwirtschaftlich zu bezeichnen.

Der EuGH hat dem Vorlagebeschluss des BVerwG die Rechtssachennummer C-280/00 zugewiesen. Das schriftliche Verfahren ist am 5. Dezember 2000 geschlossen worden. Die mündliche Verhandlung hat am 6. November 2001 stattgefunden. Am 19. März 2002 hat der Generalanwalt in der Rechtssache *Altmark Trans* („Magdeburger Verfahren“) seine Schlussanträge gestellt. Eine abschließende Entscheidung wird allerdings frühestens Mitte 2003 ergehen, da zwischenzeitlich am 15. Oktober 2002 eine zweite mündliche Verhandlung stattgefunden hat.

Im Einzelnen kommt der Generalanwalt zu folgender Schlussfolgerung:

„Zuschüsse, die die Behörden eines Mitgliedstaats zum Ausgleich der Kosten der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes gewähren, die sie einem Unternehmen auferlegen, das mit dem Betrieb eines örtlich oder regionalen Personenverkehrsdienstes betraut ist, [stellen] staatliche Beihilfen [dar], die unter das Verbot des Art. 87 Abs. 1 EGV fallen können.“⁴⁷

Den Schlussanträgen des Generalanwalts in der Rechtssache *Altmark Trans* ist insbesondere deshalb besondere Bedeutung zuzumessen, weil sich der Generalanwalt bewusst kritisch mit jüngst ergangenen Entscheidungen, vor allem in der Rechtsache *Ferring*, auseinandergesetzt hat und weil die Schlussanträge regelmäßig ein maßgeblicher Richtungsweiser für das Urteil sind.

⁴⁷ Schlussanträge des GA *Léger v. 19.3.2002*, (Fn. 4), Rs. C-280/00, Nr. 110 (*Altmark Trans*).

IV. Rechtscharakter der Zuwendungen für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Im Folgenden soll der Stand der Diskussion zu der Frage aufgezeigt werden, ob finanzielle Vorteile, die von den Behörden eines Mitgliedstaates einem im Wettbewerb operierenden Unternehmen gewährt werden, um Kosten gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auszugleichen, die sie diesem Unternehmen auferlegen, staatliche Beihilfen i.S.v. Art. 87 Abs. 1 EGV darstellen.

1. Praxis der Kommission

Die Europäische Kommission hat lange die Auffassung vertreten, dass die aus staatlichen Mitteln finanzierte Unterstützung der mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse beauftragten Unternehmen keine staatliche Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV darstellt, wenn durch eine derartige Unterstützung lediglich zusätzliche Lasten ausgeglichen werden, die vom Staat aus Gründen der Daseinsvorsorge auferlegt werden.⁴⁸

2. Rechtsprechung des EuG

Das Gericht Erster Instanz (EuG) folgte in seinen Urteilen *FFSA*⁴⁹ und *SCI/Kommission*⁵⁰ dieser Auffassung allerdings nicht. Die Rechtssache *FFSA* betraf finanzielle Vorteile, die die französischen Behörden der Post gewährten, um die mit der Erfüllung von Aufgaben im öffentlichen Interesse verbundenen Kosten auszugleichen. In seinem Urteil vom 27. Februar 1997 stellte das EuG fest, dass die finanziellen staatlichen Leistungen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, als Beihilfen im Sinne von Art. 87 EGV zu qualifizieren sind. Das EuG erklärte aber auch, dass Art. 86 Abs. 2 EGV für mit Leistungen der Daseinsvorsorge beauftragte Unternehmen eine Ausnahme vorsieht. Nach Art. 86 Abs. 2 EGV gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Wettbe-

⁴⁸ Vgl. zuletzt ausdrücklich im Bericht für den Europäischen Rat in Sevilla über den Stand der Arbeiten im Bereich der Leitlinien für staatliche Beihilfen im Rahmen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Siehe auch die Mitteilungen der *Europäischen Kommission* über die Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa im Jahre 1996 (ABl. Nr. C 281 v. 26.9.1996, S. 3) und 2000 (ABl. Nr. C 17 v. 19.1.2001, S. 4); *Kommission*, Memorandum Nr. 2 v. 15.3.1984 über Fortschritte auf dem Weg zu einer gemeinschaftlichen Luftverkehrspolitik, KOM (1984), 72 endg., S. 37; *dies.*, Mitteilung über Leitlinien zur Anwendung der Art. 92 und 93 EGV sowie des Artikels 61 des EWR-Abkommens auf staatliche Beihilfen im Luftverkehr, ABl. EG 1994 Nr. C 350, S. 5; *dies.*, Wettbewerbsrecht in den Europäischen Gemeinschaften, Band II B, Erläuterungen zu den Wettbewerbsregeln für staatliche Beihilfen, 1997, S. 7.

⁴⁹ EuG, Rs. T-106/95, Slg. 1997, II-229 (*FFSA/Kommission*).

⁵⁰ EuG, Rs. T-46/97, Slg. 2000, II-2125 (*SIC/Kommission*).

werbsregeln des EGV, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Daher fällt die Zahlung einer staatlichen Beihilfe zwar unter Art. 87 EGV, kann jedoch nach Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt werden, wenn sie nur die Mehrkosten ausgleichen soll, die dem mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen durch die Erfüllung der ihm übertragenen besonderen Aufgaben entstehen, und wenn die Gewährung der Beihilfe erforderlich ist, um diesem Unternehmen die Erfüllung seiner Verpflichtungen unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen. Am 10. Mai 2000 hat der EuG diesen Tenor im Urteil *SCI/Kommission*, welches die Finanzierung der öffentlichen Fernsehkanäle in Portugal betraf, bestätigt.

Zusammenfassend hat das EuG in diesen Urteilen festgestellt, dass die finanziellen staatlichen Leistungen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, als Beihilfen im Sinne von Art. 87 EGV zu qualifizieren sind, die allerdings durch Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt sein können.

Offen blieb im Urteil *FFSA*, ob eine durch Art. 86 Abs. 2 EGV zu rechtfertigende Beihilfe gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV notifiziert werden muss. Dies wurde aber mittlerweile im Urteil *CELF II*⁵¹ ausdrücklich bejaht. Artikel 86 Abs. 2 EGV könnte sich nicht auf die Grundsätze des Beihilfeverfahrens auswirken. Anmelde- und vor allem Stillhalteverpflichtung des Art. 88 Abs. 3 EGV sollen sogar dann bestehen bleiben, wenn dadurch die Erfüllung der besonderen Aufgabe zeitweise verhindert wird.⁵² Die Frage jedoch, ob und in welcher Höhe Beihilfen notwendig sind, um den betrauten Unternehmen die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe zu ermöglichen und ob der innergemeinschaftliche Handel möglicherweise unverhältnismäßig beeinträchtigt wird, hat die Europäische Kommission im Einzelfall im Rahmen des Verfahrens nach Art. 88 EGV zu überprüfen.

3. Rechtsprechung des EuGH

Mit dieser Rechtslage scheint der EuGH im Urteil *Ferring*⁵³ zunächst Schluss gemacht zu haben. Der EuGH erklärte in diesem Urteil, welches eine von den französischen Behörden eingeführte fiskalische Abgabe auf den Verkauf von Arzneimitteln durch Pharmahersteller betraf, dass im Falle einer Steuerbefreiung zugunsten von mit Leistungen der Daseinsvorsorge betrauten Unternehmen, durch die lediglich die Mehrkosten der öffentlichen Dienstleistung ausgeglichen wird, die

⁵¹ EuG, Rs. C-332/98, Slg. 2000, I-4833 (*Frankreich/Kommission*), „CELF II“.

⁵² Ibid., Rdnr. 32. Anders GA *Tizzano* in seinem Schlussantrag v. 8.5.2001, Rs. C-53/00, (Fn. 6), Nr. 77 ff. (*Ferring*).

⁵³ EuGH, Rs. C-53/00, (Fn. 6), (*Ferring*).

begünstigten Unternehmen keinen Vorteil im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV erhalten und die betreffenden Maßnahmen demnach keine staatliche Beihilfe darstellen. Als Begründung führte der EuGH an, dass durch die öffentlichen Dienstleistungsverpflichtungen Mehrkosten entstehen können, die Konkurrenten nicht haben, und dass durch die Ausgleichszahlung das begünstigte Unternehmen in dieselbe Lage wie seine Konkurrenten versetzt werde. Übersteigt aber die Steuerbefreiung den für die Erfüllung des öffentlichen Dienstleistungsauftrags notwendigen Betrag, liegt demnach eine staatliche Beihilfe vor.

Für die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EGV besteht danach in diesen Beihilfefällen kein Platz mehr, da der Ausgleich der durch die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse bewirkten Mehrkosten bereits keinen wirtschaftlichen Vorteil im Sinne des Beihilfenbegriffs des Art. 87 Abs. 1 EGV darstellt.

4. Position der Generalanwälte Léger und Jacobs

Vor diesem Hintergrund sind insbesondere die Stellungnahmen der Generalanwälte *Léger* in der Rechtssache *Altmark Trans*⁵⁴ sowie des Generalanwalts *Jacobs* in der Rechtssache *GEMO*⁵⁵ zu der kontroversen Rechtsprechung von EuG und EuGH von Bedeutung. Auch die Generalanwälte kommen zu unterschiedlichen Lösungsvorschlägen, die zuletzt in einem *obiter dictum* der Generalanwältin *Stix-Hackl* in ihren Schlussanträgen zu *Enirisorse*⁵⁶ kritisch gewürdigt wurden.

In seinen Schlussanträgen im sogenannten „Magdeburger Verfahren“ weist der Generalanwalt *Léger* darauf hin, dass die in der Rechtssache *Ferring* angestellten Überlegungen geeignet sind, Art. 86 Abs. 2 EGV seine Nützlichkeit zu nehmen und schlägt dem EuGH vor, sein Urteil *Ferring* vom 22. November 2001 umzustoßen und sich der Rechtsprechung des EuG in den Rechtssachen *FFSA* und *SIC/Kommission* anzuschließen, die Abgeltungen für öffentliche Dienstleistungen als staatliche Beihilfen qualifiziert, welche allerdings durch Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt sein können.

Im Einzelnen hat Generalanwalt *Léger* bejaht, dass öffentliche Finanzhilfen an ÖPNV-Betreiber geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Zuschüsse der öffentlichen Hand an Unternehmen zum Betrieb von unrentablen ÖPNV-Linien erfüllen i.d.R. das Beihilfenverbot des Art. 87 Abs. 1 EGV und bedürfen der beihilferechtlichen Rechtfertigung. Sodann prüft der Generalanwalt Rechtfertigungsmöglichkeiten für diese Beihilfen und vertritt hierbei – im

⁵⁴ GA *Léger*, Schlussanträge zu *Altmark Trans*, 19.3.2002 (Fn. 4).

⁵⁵ GA *Jacobs*, Schlussanträge *GEMO*, 30.4.2002 (Fn. 5).

⁵⁶ GA *Stix-Hackl*, Schlussanträge zu verb. Rs. C-34/01 bis C-38/01, Nr. 138 ff. (*Enirisorse*), noch nicht in amltl. Slg., unter <http://curia.eu.int/> abrufbar.

Gegensatz zur Europäischen Kommission – die Auffassung, dass derartige Abgeltungsbeihilfen nicht auf Art. 73 EGV gestützt werden können, sondern vielmehr eine Rechtfertigung nur aufgrund des hierzu erlassenen Sekundärrechts, insbesondere nach VO 1191/69 sowie nach VO 1107/70⁵⁷, in Betracht kommt.

Der Generalanwalt kommt zu dem Ergebnis, dass in Deutschland auf nach § 13 PBefG genehmigte eigenwirtschaftliche Verkehre die VO 1191/69 nicht anwendbar ist, da der deutsche Gesetzgeber diese vom Anwendungsbereich der VO 1191/69 ausgenommen hat. Beihilfen zu eigenwirtschaftlichen Linien können daher nur nach Maßgabe der VO 1107/70 zugelassen werden. Allerdings betont der Generalanwalt nachdrücklich, dass in diesem Fall die Beihilfe zu notifizieren ist, d.h. dass das Vorhaben der Beihilfegewährung bei der Europäischen Kommission anzumelden ist. Vor einer positiven Entscheidung der Europäischen Kommission darf die Beihilfe nicht ausgezahlt werden.

Der Generalanwalt *Léger* begründet diese sogenannte Rechtfertigungslösung einerseits damit, dass im Verkehrssektor nach Art. 73 EGV „[...] Beihilfen, die [...] der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen“ mit dem EG-Vertrag vereinbar sind. Die Verfasser des EG-Vertrags sahen demgemäß die Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse durch einen Mitgliedstaat grundsätzlich als eine staatliche Beihilfe an, die jedoch gerechtfertigt sein kann. Das Regel-Ausnahmesystem, dass der EGV auch im Bereich der Art. 81, 82 sowie bei den Grundfreiheiten kennt, würde im Bereich der Kontrolle staatlicher Beihilfen aufgehoben.⁵⁸ Die Frage der Qualifizierung der Maßnahme als staatliche Beihilfe und die der Rechtfertigung der staatlichen Maßnahme werden vermengt.

Weiterhin führt er aus, dass, wenn die staatliche Finanzierung nicht über das hinausgeht, was zum Ausgleich der zusätzlichen Kosten der erbrachten Dienstleistungen erforderlich ist, keine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EGV vorläge und somit keine Notwendigkeit bestünde, die Vereinbarkeit der Maßnahme mit Art. 86 Abs. 2 EGV zu prüfen. Soweit die Finanzierung dagegen über das notwendige Maß hinausgeht, könnte die Maßnahme nicht nach Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt werden, da sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzen würde. Mithin gäbe es keine Fälle, in denen die Kommission oder ein nationales Gericht nachprüfen könnte, ob die Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EGV vorliegen. Die Vorschrift würde de facto leer laufen, was auch dem Grundsatz des *effet utile* im Gemeinschaftsrecht widerspricht.⁵⁹

⁵⁷ Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 des Rates v. 4.6.1970 über Beihilfen im Eisenbahn-, Strassen- und Binnenschiffsverkehr, ABl. Nr. L 130 v. 15.06.1970, S. 1 ff.

⁵⁸ So auch GA *Léger*, Schlussanträge zu *Altmark Trans*, 19.3.2002, (Fn. 4), Nr. 76 ff.

⁵⁹ So auch GA *Léger*, Schlussanträge zu *Altmark Trans*, 19.3.2002, (Fn. 4), Nr. 77 ff.

Zudem würde eine durchgängige Anwendung des Ausgleichsansatzes es für die Mitgliedstaaten weniger riskant machen, bestimmte potenziell nachteilige staatliche Finanzierungsmaßnahmen nicht anzumelden, und daher einen Anreiz dafür schaffen, diese Maßnahmen einer Prüfung durch die Kommission zu entziehen.

Weiterhin sei zu beachten, dass Art. 87 Abs. 1 EGV nicht nach den Gründen oder Zielen der staatlichen Interventionen unterscheidet, sondern diese nach ihren Wirkungen definiert.⁶⁰ Somit ist der Beihilfebegriff ein objektiver Begriff, der sich nur danach bestimmt, ob eine staatliche Maßnahme einem oder einigen Unternehmen einen Vorteil verschafft.⁶¹

Zuletzt ermögliche nur die Rechtfertigungslösung von EuG und Kommission im Bereich staatlicher Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Dienstleistungsaufträge Rechtssicherheit⁶² für die bezuschussten Unternehmen und sei auch aus Gründen der Transparenz und des Konkurrentenschutzes geboten.

Aktuell setzte sich der Generalanwalt *Jacobs* in einem anderen Rechtsstreit über staatliche Beihilfen mit den Schlussanträgen im sogenannten „Magdeburger Verfahren“ auseinander. Am 30. April 2002 stellte Generalanwalt *Jacobs* seine Schlussanträge in der Rechtssache *GEMO*⁶³, welche den „öffentlichen Dienst der Sammlung und Verwertung von Tierkörpern und gefährlichen Schlachtabfällen“ betraf. Der Generalanwalt schlug insoweit vor, zwischen zwei Fallkategorien zu unterscheiden, die sich nach der Art des Zusammenhangs zwischen der gewährten Finanzierung und den auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen sowie danach richten, wie klar diese Verpflichtungen definiert sind. Nach Ansicht des Generalanwalts *Jacobs* soll die Zuwendung nur in den Fällen, in denen der Zusammenhang zwischen der staatlichen Finanzierung und den auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen entweder nicht unmittelbar oder nicht offensichtlich oder die Verpflichtung nicht klar definiert ist, tatbestandlich als staatliche Beihilfe gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV gelten. In den Fällen, in denen der Zusammenhang zwischen der vom Mitgliedstaat gewährten Finanzierung und der auferlegten klar definierten Gemeinwohlverpflichtung unmittelbar und offensichtlich ist, gilt – wie im Urteil *Ferring* – der Ausgleichsansatz. So kann für gemeinwirtschaftliche Leistungen grundsätzlich ohne vorherige Notifizierung ein Ausgleich gezahlt werden, wenn dieser keine Überkompensation enthält. Hierfür muss die zu erbringende Leistung aber genau definiert sein und der Preis muss möglichst durch Ausschreibung ermittelt werden.

⁶⁰ Vgl. EuG, Rs. T-46/97, Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 83 (*SIC/Kommission*).

⁶¹ So GA *Léger*, Schlussanträge zu *Altmark Trans*, 19.3.2002, (Fn. 4), Nr. 66.

⁶² Hierauf stellt insb. die Kommission in ihrem Bericht v. 5.6.2002 ab, vgl. *Kommission*, (Fn. 3), Rdnr. 1.

⁶³ GA *Jacobs*, Schlussanträge zu *GEMO*, 30.4.2002 (Fn. 5).

Der Generalanwalt *Jacobs* begründet seine Ansicht und somit die sogenannte Tatbestandslösung zum einen damit, dass der Begriff staatliche Beihilfe in Art. 87 Abs. 1 EGV nur auf Maßnahmen anwendbar sei, die zu einem wirtschaftlichen Vorteil führen und den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Es sei nicht ersichtlich, warum diese beiden Voraussetzungen nicht auch in Fällen gelten sollten, in denen es um die Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse geht. Zum anderen führt er an, dass, wenn der Staat oder seine Gliederungen auf den Märkten Waren (z.B. Computer) käuflich erwerben oder Dienstleistungen (z.B. Raumpflege) gegen Entgelt in Anspruch nehmen, eine Beihilfe nur dann vorliegt, wenn und soweit die gezahlte Vergütung über das angemessene Maß hinausgeht. Auch hier sei nicht ersichtlich, warum etwas anderes in Fällen gelten sollte, in denen der Staat Dienstleistungen gegen Entgelt in Anspruch nimmt, die der Allgemeinheit gegenüber zu erbringen sind (z.B. Abfallbeseitigungsdienstleistungen).

Außerdem könnte nach der Rechtsprechung über die Folgen des Beihilfeansatzes für das Verfahren das Mitteilungs- und insbesondere das Stillhaltefordernis des Art. 88 Absatz 3 EGV der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse durch Privatunternehmen ernstlich entgegenstehen. So könne es bei bestimmten Dienstleistungen (z.B. Beseitigung giftiger Abfälle, Ambulanzdienst) schwierig oder sogar unmöglich sein, eine vorherige Genehmigung der Kommission abzuwarten. Wenn andererseits ein Mitgliedstaat die Beihilfe vor Erteilung dieser Genehmigung durchführe, sei die Beihilfe rechtswidrig mit allen Folgen einer solchen Rechtswidrigkeit.⁶⁴

Damit bewegt sich Generalanwalt *Jacobs* – wenn auch mit anders akzentuierter Begründung – im Ergebnis auf der Linie des EuGH in seiner „Ferring“-Entscheidung.

Wie bereits erwähnt, hat zwischenzeitlich im sogenannten „Magdeburger Verfahren“ am 15. Oktober 2002 aufgrund der Bedeutung des Problems eine zweite mündliche Verhandlung stattgefunden. In diesem Zusammenhang hat der Generalanwalt *Léger* am 14. Januar 2003 seine zweiten Schlussanträge in dieser Rechtsache gestellt und u.a. zum von Generalanwalt *Jacobs* in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *GEMO* entwickelten Gegenleistungsansatz Stellung genommen.

Im Einzelnen bleibt der Generalanwalt bei der in seinen Schlussanträgen vom 19. März 2002 geäußerten Ansicht, dass es sich bei der staatlichen Finanzierung der öffentlichen Dienstleistungen um eine Beihilfe im Sinne des EG-Vertrages handelt. Diese Finanzierung unterliegt dem gemeinschaftsrechtlichen Mechanismus zur Kontrolle von Beihilfen und muss daher bei der Kommission angemeldet werden.

Bezüglich des Gegenleistungsansatzes von Generalanwalt *Jacobs* in der Rechtssache *GEMO* äußerte sich Generalanwalt *Léger* eher kritisch. So kann durch die Einführung von zwei Fallgruppen die Rechtssicherheit nicht in hinreichendem Maße

⁶⁴ Vgl. GA *Jacobs*, (Fn. 5), Nr. 116.

gewährleistet werden, da das diesem Ansatz zugrunde liegende Hauptkriterium des unmittelbaren und offensichtlichen Zusammenhangs nur sehr vage und ungenau definiert ist. Demnach könnte die Wendung unmittelbarer und offensichtlicher Zusammenhang – und damit der Begriff staatliche Beihilfe selbst – Gegenstand sehr unterschiedlicher Auslegungen sein, was in der Praxis erhebliche Auswirkungen haben könnte. Vor diesem Hintergrund wären die Mitgliedstaaten nicht mehr in der Lage, genau festzustellen, welche Maßnahmen bei der Kommission anzumelden sind und auch die Unternehmen wüssten nicht mehr, ob sie auf die Rechtmäßigkeit der staatlichen Finanzierung vertrauen können. Nach Ansicht des Generalanwalts *Léger* ist dem Gegenleistungsansatz daher keine besondere Bedeutung beizumessen.

Den letzten Entwicklungen zufolge gibt es demnach noch keine konstante Rechtsprechung und die Urteile in den Rechtssachen *Altmark Trans* und *GEMO* bleiben abzuwarten.

V. Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Zuschüsse an ÖPNV-Unternehmen außerhalb der VO (EWG) 1191/69

Das OVG Magdeburg vertrat in seinem Urteil vom 7. April 1998⁶⁵ die Ansicht, das Gemeinschaftsrecht zwinge zu einer Auslegung des § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG⁶⁶, die ein zuschussbedürftiges ÖPNV-Unternehmen automatisch als gemeinwirtschaftlich qualifizierte und damit der Regelung der VO (EWG) 1191/69 unterwarf, mit der Folge, dass eine Zuschussgewährung stets unter den Vorbehalt eines Ausschreibungs- und Vergabeverfahrens gestellt werden müsse.⁶⁷ Nach Revision der Beigeladenen und Anschlussrevision der Klägerin hat das BVerwG das Verfahren, wie dargelegt, ausgesetzt und die hier diskutierten Fragen dem EuGH gemäß Art. 234 Abs. 3 EGV zur Entscheidung vorgelegt.⁶⁸

Im Umkehrschluss bedeutet die Rechtsprechung des OVG Magdeburg, dass die Gewährung finanzieller Vorteile an eigenwirtschaftlich gemäß § 8 Abs. 4 PBefG

⁶⁵ OVG Magdeburg, Urteil v. 7.4.1998 - A 1/4 S 221/97.

⁶⁶ § 8 Abs. 4 Personenbeförderungsgesetz (PBefG) legt fest, dass Verkehrsleistungen grundsätzlich eigenwirtschaftlich (definiert in § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG) zu erbringen sind.

⁶⁷ Ebenso die h.M. in der deutschsprachigen Literatur, vgl. *Zuck*, Eigenwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen und geringste Kosten für die Allgemeinheit, DÖV 1994, S. 941, 944; *Bidinger*, Änderungen des Personenbeförderungsrechts durch das Planvereinfachungsgesetz und das Eisenbahn-Neuordnungsgesetz, NZV 1994, S. 209, 213; *Barth*, Zur Finanzierung des öffentlichen Personennahverkehrs, ZUR 1998, S. 215, 217; *Meyer*, Die Ausschreibungspflicht im gemeinwirtschaftlichen Linienverkehr und ihre Auswirkungen auf den Bestand der Genehmigung, DVBl. 1999, S. 1409, 1410.

⁶⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-280/00, (Fn. 4), (*Altmark Trans*).

und damit außerhalb des Anwendungsbereichs der VO (EWG) 1191/69 im ÖPNV operierende Unternehmen stets unzulässig ist. Dieser Ansicht ist im Kern zuzustimmen.

1. Abschließende Liste der zulässigen Verkehrsbeihilfen in Art. 3 (2) VO (EWG) 1107/70

In Art. 3 (2) VO (EWG) 1107/70 vom 4. Juni 1970 über Beihilfen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr⁶⁹ ist ein abschließender Katalog sämtlicher Anwendungsfälle der nach Art. 73 EGV zulässigen Verkehrsbeihilfen normiert. Hierbei handelt es sich jedoch angesichts der Tatsache, dass das primäre Gemeinschaftsrecht durch gemeinschaftsrechtliches Sekundärrecht weder beschränkt noch verändert werden kann, systematisch nur um eine „Selbstverpflichtung der Mitgliedstaaten“⁷⁰ ohne endgültigen Charakter auf dem Gebiet der Verkehrspolitik. Dies ergibt sich schon aus Art. 3 (3) der VO (EWG) 1107/70, wonach der Rat auf Vorschlag der Kommission die in Art. 3 (1) und (2) aufgeführte Liste zulässiger Verkehrsbeihilfen jederzeit ändern kann. Solange jedoch dies nicht geschehen ist, normiert die derzeit geltende Liste abschließend die im Verkehrsbereich zulässigen Beihilfen.

2. Außerhalb der VO (EWG) 1191/69 zulässige Verkehrsbeihilfen

Nach Art. 3 (2) VO (EWG) 1107/70 können die Mitgliedstaaten im ÖPNV nach vorheriger Notifizierung bei der Kommission⁷¹ Verkehrsunternehmen zur Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Verkehrstätigkeiten Beihilfen gewähren, wenn die begünstigten Unternehmen oder die fraglichen Verkehrstätigkeiten vom Anwendungsbereich der Verordnungen (EWG) 1191/69 und 1192/69 ausgenommen sind und es noch keine spezifische gemeinschaftliche Regelung für den entsprechenden Sektor gibt.⁷² Diese Anwendungsvoraussetzungen sind indes in der Bundesre-

⁶⁹ ABI. EG, Nr. L 130 v. 15.6.1970, S. 1; geändert durch VO (EWG) 1473/75, ABI. EG Nr. L 152 v. 12.6.1975, S. 1; VO (EWG) 1658/82, ABI. EG Nr. L 184 v. 29.6.1982, S. 1; VO (EWG) 1100/89, ABI. EG Nr. L 116 v. 28.4.1989; S. 4; VO (EWG) 3578/92, ABI. EG Nr. L 364 v. 12.12.1992, S. 11; VO (EG) 2255/96, ABI. EG Nr. L 304, v. 27.11.1996, S. 3 und VO (EG) 543/97, ABI. EG Nr. L 84 v. 26.3.1997, S. 6.

⁷⁰ So *Frohnmeyer*, in: *Grabitz/Hilf*, (Fn. 36), Art. 77 EGV, Rdnr. 8; *Jung*, in: *Calliess/Ruffert*, (Fn. 8), Art. 73 EGV, Rdnr. 5.

⁷¹ Vgl. Art. 5 VO 1107/70.

⁷² Vgl. Art. 3 Nr. 2 VO (EWG) 1107/70: „Für die Abgeltung von Leistungen, die mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängen bis zum Inkrafttreten entsprechender gemeinschaftlicher Regelungen, sofern die Zahlungen an Unternehmen des Eisenbahn-, Strassen- und Binnenschiffsverkehrs zum Ausgleich der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes erfolgen, die diesen Unternehmen vom Staat oder von öffentlich-rechtlichen Körperschaften auferlegt werden und (aa) entweder Tarifpflichten, die in Artikel 2 Absatz 5 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 nicht enthalten

publik im ÖPNV nicht erfüllt. Werden Verkehrsunternehmen für staatlich auferlegte gemeinwirtschaftliche (defizitäre) Verkehrstätigkeiten Ausgleichszahlungen gewährt, handelt es sich nach § 13 a PBefG um einen „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehrsdienst, für den die VO (EWG) Nr. 1191/69 gilt, die abschließende Ausgleichsregelungen enthält und den Einstieg in die Ausschreibungspraxis eröffnet.⁷³

3. Zwischenergebnis

Staatliche Beihilfen zur Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsdienste sind daher nur unter den Voraussetzungen der VO (EWG) 1191/69 zulässig. Staatliche Beihilfen an (eigenwirtschaftliche) Verkehrsunternehmen, die nicht zur Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Verkehre gewährt werden, sind grundsätzlich unzulässig und können nicht nach Art. 73 EGV i.V.m. Art. 3 (2) VO 1107/70 gerechtfertigt werden.⁷⁴

Zwar kommt für solche Beihilfen außerhalb des Anwendungsbereichs der VO (EWG) 1191/69 theoretisch auch eine Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EGV in Betracht. Da jedoch der Anwendungsbereich des Art. 86 Abs. 2 EGV durch die im Bereich des ÖPNV ergangenen auf Art. 73 EGV gestützten Sekundärrechtsakte bereits umfassend konkretisiert worden ist, erscheint es unwahrscheinlich, dass Art. 86 Abs. 2 EGV ein über die derzeitigen Verordnungen hinausgehender Anwendungsbereich zukommt.

VI. Folgen der möglichen Rechtsprechungsänderung für den ÖPNV

1. Außerhalb der VO (EWG) 1191/69 grundsätzlich Notifizierungspflicht

Im Bereich des ÖPNV dürfen Beihilfen, die nicht als (nicht notifizierungspflichtige) Ausgleichszahlungen im Sinne der VO (EWG) 1191/69 zu qualifizieren sind,⁷⁵ nicht gewährt werden, bevor sie nicht von der Kommission mit der auf Grundlage von Art. 73 EGV erlassenen VO (EWG) 1107/70⁷⁶, bzw. mit Art. 86

sind, oder (bb) Verkehrsunternehmen oder Verkehrstätigkeiten betreffen, die vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausgeschlossen sind.“

⁷³ Vgl. hierzu *Bindiger*, Kommentar zum Personenbeförderungsgesetz (PBefG), LB-Slg., Stand 01/00, § 8, S. 2a.

⁷⁴ A.A. GA *Léger* in seinen Schlussanträgen zu *Altmark Trans*, (Fn. 4), Nr. 116.

⁷⁵ Die Notifizierungspflicht des Art. 88 Abs. 3 EGV gilt nicht für solche Ausgleichszahlungen, die sich aus der Anwendung der VO 1191/69 (i.d.F. der VO 1893/91) ergeben.

⁷⁶ Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 des Rates v. 4.6.1970 über Beihilfen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr, ABl. Nr. L 130 v. 15.6.1970, S. 1 ff.

Abs. 2 EGV für vereinbar erklärt worden sind. Dies bedeutet für nach § 8 Abs. 4 PBefG eigenwirtschaftlich im ÖPNV operierende Unternehmen, dass ihnen gewährte mitgliedstaatliche Zuschüsse, Deckungszusagen oder Bürgschaften bei der Kommission notifiziert werden müssen, damit diese prüfen kann, ob diese [grundsätzlich unzulässigen] Beihilfen nach den Voraussetzungen der VO (EWG) 1107/70, bzw. des Art. 86 Abs. 2 EGV gerechtfertigt werden können.⁷⁷

2. Mögliche Folgen eines Verfahrensverstoßes gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV

Werden Beihilfen unter Verletzung des Durchführungsverbots oder unter Verletzung einer abschließenden negativen Kommissionsentscheidung gewährt, so ist ihre Gewährung rechtswidrig. Dies gilt nicht nur im Verhältnis des gewährenden Mitgliedstaates zur Europäischen Gemeinschaft, sondern auch im Verhältnis des Mitgliedstaates zu dem Beihilfebegünstigten.

Im Hinblick auf Maßnahmen, die gegen die Stillhalteverpflichtung des Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EGV verstossen, können die nationalen Gerichte theoretisch Konsequenzen sowohl bezüglich der Gültigkeit der Durchführungsakte als auch bezüglich der Beitreibung der unter Verletzung dieser Bestimmung gewährten finanziellen Unterstützungen oder eventueller vorläufiger Maßnahmen ziehen.⁷⁸ Dies kann bedeuten, dass das nationale Gericht entweder die Rückforderung der streitigen Beihilfe anordnet,⁷⁹ die Rechtswidrigkeit der Maßnahme, mit der die streitigen Beihilfen eingeführt wurden, sowie die Rechtswidrigkeit der Durchführungsmaßnahmen feststellt⁸⁰ oder das nationale Gericht die zuständigen staatlichen Stellen zum Ersatz des Schadens verurteilt, der dem Beihilfeempfänger⁸¹ sowie seinen Konkurrenten aufgrund der Gewährung der Beihilfe möglicherweise entstanden ist.⁸²

Die deutschen Gerichte sind gemäß Art. 10 EGV dazu verpflichtet, den EG-Vertragsnormen Geltung zu verschaffen, was zumindest bedeutet, dass eine etwaige Rückforderungsentscheidung der Kommission gemäß Art. 88 Abs. 2 EGV auch

⁷⁷ Was nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich nicht möglich ist.

⁷⁸ Vgl. EuGH, (Fn. 10), Rdnr. 40 (*SFEI u.a.*); ebenso GA *Léger*, Schlussanträge zu *Altmark Trans*, 19.3.2002, (Fn. 4), Nr. 125.

⁷⁹ Der EuGH ist im Gegensatz zur Kommission der Ansicht, dass die nationalen Rechtsordnungen auch allein aufgrund eines Verstoßes gegen die Notifizierungspflicht des Art. 88 Abs. 3 EGV die Rückzahlung der (dadurch rechtswidrigen) Beihilfe anordnen dürfen, vgl. EuGH, (Fn. 10), Rdnr. 40 (*SFEI u.a.*); weitere Nachweise bei GA *Léger*, Schlussanträge v. 6.12.2001, Rs. C-197/99, Nr. 74 (*Belgien/Kommission*), noch nicht amt. Slg., unter <http://curia.eu.int/> abrufbar.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ So GA *Tesauro*, Schlussanträge v. 21.3.1990, Rs. C-142/87, Slg. 1990, I-985 (*Belgien/Kommission*).

⁸² Vgl. hierzu *Soltész/Kühlmann*, Dulde und liquidiere! – Schadensersatzansprüche eines von Beihilfe-rückforderungen betroffenen Unternehmens, EWS 2001, S. 513 ff.

von der nationalen Verwaltung ohne Zwischenschaltung eigenen Ermessens i.S.v. § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG zu befolgen ist. Die Regelung des § 45 Abs. 1 Nr. 5 VwVfG wird vom Gemeinschaftsrecht verdrängt, da eine Nachholung von Verfahrenserfordernissen des EG-Beihilferechts angesichts des entgegenstehenden Gemeinschaftsinteresses nicht in Betracht kommt. Entsprechend dürfen nach § 46 VwVfG Verstöße gegen das EG-Beihilfeverfahren im deutschen Recht nicht als unerheblich behandelt werden.

Nach gängiger Praxis der Kommission⁸³ und ständiger Rechtsprechung des EuGH⁸⁴ ist eine Rückforderung von Beihilfen durch die Kommission und Gerichte der Mitgliedstaaten jedoch erst möglich, wenn durch diese festgestellt worden ist, dass durch die Gewährung die Art. 87 ff. EGV in formeller und materieller Hinsicht oder nur in materieller Hinsicht verletzt worden sind.

3. Kein Vertrauensschutz für ÖPNV-Unternehmen

Einschränkungen der Rückforderung aus Gründen des Vertrauensschutzes gibt es nach gefestigter Rechtsprechung der europäischen Gerichte⁸⁵ nicht, da das begünstigte Unternehmen auf die materielle Rechtmäßigkeit der Beihilfe grundsätzlich nur dann vertrauen darf, wenn diese in einem nach den Bestimmungen der Art. 87 ff. EG-Vertrag formell rechtmäßigen Verfahren gewährt wurde. Die Berufung auf einen von nationalen Behörden erzeugten Vertrauenstatbestand durch die Auszahlung zum Ausschluss der Rückzahlung ist ausgeschlossen.⁸⁶

VII. Ausblick

Sollte der EuGH tatsächlich seine noch in der „Ferring“-Entscheidung vertretene Tatbestandslösung zugunsten der von EuG, Generalanwalt *Léger* und Kommission vertretenen Rechtfertigungslösung aufgeben, müssen sich staatliche Ausgleichszahlungen oder Deckungszusagen an im ÖPNV operierende Unternehmen unein-

⁸³ Vgl. umfassende Nachweise bei *v. Wallenberg*, in: Grabitz/Hilf, EUV/EGV, EL 10, Art. 93 EGV, Rdnr. 76.

⁸⁴ St. Rspr. seit EuGH, Rs. C-301/87, Slg. 1990, I-959, 1009, Rdnr. 14 (*Frankreich/Kommission*).

⁸⁵ EuGH, Rs. C-5/89, Slg. 1990, I-3437, Rdnr. 14 ff. (*Kommission/Deutschland*); EuGH, Rs. C-169/95, Slg. 1997, I-135, Rdnr. 48 (*Spanien/Kommission*); EuG, Rs. T-129/96, Slg. 1998, II-609, Rdnr. 78 (*Preussag-Stahl/Kommission*); EuG, Rs. T-55/99, Slg. 2000, II-3207 ff. (*CETM/Kommission*); vgl. hierzu auch *Berrisch*, Rückforderung rechtswidriger staatlicher Beihilfen – Anmerkung zum EuGH-Urteil vom 20.3.1997, Rs. C-24/95, EuR 1997, S. 155, 158 f.; *Hoenike*, Vertrauensschutz bei der Rückforderung zu Unrecht gewährter Beihilfen, EuZW 1997, S. 279.

⁸⁶ *Soltész/Kühlmann*, (Fn. 82), S. 514.

geschränkt an den Beihilferegeln des EG-Vertrages messen lassen. Dies hätte erhebliche Auswirkungen auf den gesamten Bereich des ÖPNV. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, als allgemein davon auszugehen ist, dass in der Vergangenheit ein nicht unerheblicher Anteil an Verkehrsdiensleistungen in Deutschland als eigenwirtschaftlich qualifiziert wurde, obwohl die Betreiber einen jährlichen Verlustausgleich durch die öffentliche Hand erhalten. Die Folge wäre, dass Zuschüsse für den ÖPNV grundsätzlich tatbestandlich dem Beihilfeverbot des Art. 87 Abs. 1 EGV unterfielen. Können diese Beihilfen nicht gemeinschaftsrechtlich legitimiert werden, müssten derart gewährte Zuschüsse u.U. von den begünstigten Unternehmen zurückgezahlt werden. In diesem Fall besteht lediglich die Möglichkeit, eine Heilung durch eine Anmeldung der Beihilfe bei der Europäischen Kommission zu erreichen.

Darüber hinaus bestünde in Deutschland das Risiko, dass durch staatliche Zuschüsse begünstigte und im ÖPNV tätige Verkehrsunternehmen ihre Genehmigungen verlieren. Denn die jeweils nach Landesrecht zuständige Genehmigungsbehörde hat nach § 25 PBefG die Genehmigung zu widerrufen, wenn nicht mehr alle Voraussetzungen des § 13 PBefG vorliegen. § 13 PBefG verbietet die Konzessionserteilung wegen fehlender Leistungsfähigkeit des Antragstellers, wenn der Verkehr durch gemeinschaftsrechtlich unzulässige Beihilfen finanziert wird. Der Widerruf der Genehmigung gemäß § 25 PBefG ist in diesem Falle zwingend. Es besteht kein Ermessen der Genehmigungsbehörde.

Falls der EuGH im „Magdeburger Verfahren“ die Auffassung vertritt, dass Ausgleichszahlungen für öffentliche Dienstleistungen als staatliche Beihilfen zu qualifizieren sind, stellt sich die Frage, ob für den ÖPNV-Bereich eine Übergangslösung geschaffen werden könnte, um einer möglichen Rückforderung von gemeinschaftsrechtlich nicht-legitimierte Zuschüssen, die an eine Vielzahl von Verkehrsunternehmen gewährt worden sind, entgegenzuwirken.

In diesem Zusammenhang hat die Generaldirektion Energie und Verkehr der Europäischen Kommission erwogen, dass die Europäische Kommission bei einer derartigen Entwicklung der Rechtsprechung den Dialog mit der Bundesregierung suchen wird, um eine wirtschaftlich-orientierte Übergangslösung bzw. Umsetzungsvorschläge für das Urteil des EuGH zu diskutieren.

Nach Ansicht des Verfassers kommen in diesem Zusammenhang insbesondere Übergangsfristen in Betracht. Eine vergleichbare Vorgangsweise hat die Europäische Kommission für die Thematik staatlicher Haftungsverpflichtungen (Anstaltslast und Gewährträgerhaftung) für Landesbanken, Sparkassen und ähnliche Kreditinstitute gewählt, um die bestehende staatliche Haftung für öffentliche Kreditinstitute in Deutschland an die Erfordernisse der Beihilferegeln des EG-Vertrags anzupassen.⁸⁷

⁸⁷ Am 8.5.2001 hat die Europäische Kommission einen Vorschlag zweckdienlicher Maßnahmen verabschiedet, nachdem eine 4-jährige Übergangsfrist vorgesehen ist, während dieser Anstaltslast und Ge-

Die Entscheidung des EuGH in den Verfahren *Altmark Trans* und *GEMO* darf also mit Spannung erwartet werden.

Der Vollständigkeit halber soll in diesem Zusammenhang auf die jüngsten Verordnungsvorschläge der Kommission über die Gewährung von Beihilfen⁸⁸ und über Maßnahmen im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge⁸⁹ hingewiesen werden. Mit diesen verfolgt die Kommission nachhaltig das Ziel der Einführung eines kontrollierten Wettbewerbs in den Bereichen Eisenbahnverkehr, Straßenverkehr und Binnenschifffahrt, und zwar vor allem im Wege von Ausschreibungen der Verkehrsleistungen und Konzessionen. Beihilfen sollen auf ein genau geregelt Maß reduziert werden, um die bisherige Praxis zusätzlicher Leistungen an öffentliche Verkehrsunternehmen zu unterbinden. Zwar handelt es sich bei den beiden Regelungswerken vorerst lediglich um Vorschläge der Kommission, jedoch kann bereits jetzt insbesondere hinsichtlich des Kommissionsvorschlags KOM 2000/7 (zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge) als Ergebnis festgehalten werden, dass es im Bereich des ÖPNV zu einem noch ausgedehnteren Ausschreibungswettbewerb kommen wird, und zwar nicht nur im Bereich der „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehre, sondern, als Regelfall, aller Verkehrsdiensleistungen.

⁸⁸ Wahrträgerhaftung fortbestehen dürfen. Danach wird auf der Basis des sogenannten Plattform-Modells die eine Haftung, und zwar die Anstaltslast, durch eine normale wirtschaftliche Eigentümerbeziehung nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen ersetzt; die Gewährträgerhaftung wird dagegen abgeschafft. Siehe dazu Beihilfeentscheidung E10/2000, Brief an den Bundesminister.

⁸⁹ Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über die Gewährung von Beihilfen für die Koordinierung des Eisenbahnverkehrs, des Straßenverkehrs und der Binnenschifffahrt, KOM 2000/5, ABl. Nr. C 365 E v. 19.12.2000, S. 179-183.

⁹⁰ Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über Maßnahmen im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffswegen, KOM 2000/7 (geändert), ABl. Nr. C 365 E v. 19.12.2000, S. 169-178.