

*Felix Berschin, Heidelberg*

## **Neues EU-Recht zur Finanzierung von Verkehrsinfrastruktur**

### **Die Neuordnung der Infrastrukturfinanzierung im Schatten der Marktöffnung des ÖPNV<sup>1</sup>**

Nahezu unbemerkt von der (Fach)Öffentlichkeit wird derzeit eine Neufassung der VO (EWG) Nr. 1107/70 vorbereitet. Zusammen mit der VO (EWG) Nr. 1191/69 bildet sie den maßgeblichen sekundärrechtlichen Rahmen für die Beihilfenfinanzierung im ÖPNV. Die VO (EWG) Nr. 1107/70 rückt aktuell deswegen in das Bewusstsein, da sie anders als Art. 17 VO (EWG) Nr. 1191/69 keine Befreiung vom Notifizierungsgebot geplanter Beihilfen bietet und damit die öffentliche Abgeltungsfinanzierung des ÖPNV (Defizitübernahme, Zuschüsse etc.) außerhalb der VO (EWG) Nr. 1191/69 zur formell-rechtswidrigen Beihilfe werden lässt.<sup>2</sup> Dieses Durchführungsverbot nach Art. 88 Abs. 3 Satz 3 EG müsste von nationalen Behörden und Gerichten beachtet werden und kann auch im Wege des Konkurrentenschutzes gerichtlich eingefordert werden, so dass kurzfristig die gesamte Finanzierung im ÖPNV radikal zu ändern wäre. Über diese Zusammenhänge wird alsbald ein mit Spannung erwartetes EuGH Urteil Aufklärung bringen.<sup>3</sup>

Der folgende Beitrag widmet sich dagegen der weniger im Blickfeld stehende Finanzierung von Infrastruktur im ÖPNV. Dies ist zum einen von großer Brisanz, da auch hier nicht mehr ohne weiteres jede bisher als Infrastruktur titulierte Einrichtung gefördert werden kann und zum anderen die von der EG-Kommission intendierte diskriminierungsfreie Öffnung von geförderten Infrastrukturen eine Zäsur gegenüber den bisher als Einheitsunternehmen Infrastruktur – Betrieb geförderten Verkehrsunternehmen darstellt. Schließlich wird auch der Betrieb der Infrastruktur zunehmend in das Blickfeld geraten und auch hier ein Wettbewerb um den Markt der Erstellung und/oder Betriebs der Infrastruktur zu diskutieren sein.

### **1. Europäisches Beihilferecht**

Alle Verkehrssektoren sind mehr oder weniger auf Infrastruktureinrichtungen angewiesen. Herkömmlicherweise werden diese im hohen Umfange staatlich finanziert und auch betrieben. *Aus diesem Grund beschäftigt sich der Verkehrstitel des EG-Vertrags in einem gesonderten Artikel Art. 73 EG mit der Zulässigkeit von Beihilfen im Verkehrsbereich.*

#### **1.1 Beihilfenbegriff und Verkehrsinfrastruktur**

*Beihilfen sind zunächst alle Finanztransfers, die aus staatlichen Mittel gespeist werden, spezifisch auf einzelne Unternehmen wirken und dadurch den Wettbewerb verfälschen, wobei zur europarechtlich notwendigen Relevanz eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels treten muss. Dieser kann im Verkehrsbereich gleich zweifach tangiert sein. Zum einen können Beihilfen an Verkehrsträger die Warenverkehrsfreiheit beeinträchtigen, indem die durch sie zu befördernden Güter (mittelbar) bevorteilt werden, zum anderen kann aber*

<sup>1</sup> EG-Rechtsakte finden sich unter [www.europa.eu.int/eur-lex/de/search/search\\_lif.html](http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/search/search_lif.html). Die zitierten Beihilfeentscheidungen finden sich in der Originalsprache unter [www.europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/transport.htm](http://www.europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/transport.htm).

<sup>2</sup> Hierzu der Schlussantrag GA Léger vom 19.3.2002 in der Rs. C-280/00 „Altmark Trans“, Tz. 119 ff.

<sup>3</sup> Zum Verfahren GA Léger vom 19.3.2002 in der Rs. C-280/00 „Altmark Trans“, v.a. Tz. 125; Wolf, Verkehr+Technik 2002, S. 202 ff.; Berschin, Einschätzung zum Generalanwalt, [www.nahverkehrsberatung.de](http://www.nahverkehrsberatung.de); Werner/Schaffkamp, Schlussfolgerungen zum Generalanwalt, [www.kcw-online.de](http://www.kcw-online.de). Zum Vorlagebeschluss des BVerwG, Beschluss vom 6.4.2000 – 3 C 7.99, DVBl. 2000, S. 1617 ff. mit Anm. Sellmann, DVBl. 2000, S. 1619 = EuR 2000, S. 792 f. = NVwZ 2001, S. 320 f. mit Anm. Heinze, NVwZ 2001, S. 293 = Verkehr und Technik 2000, S. 469 f. mit Anm. Berschin, Verkehr und Technik 2000, S. 470. Dazu Wachinger, Verkehr und Technik 2001, S. 197 ff. und Ronellenfitsch, VerwArch 2001, S. 131, 146.

*auch selbst die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit im Verkehr beeinträchtigt werden. Wegen der Fungibilität der Produktionsmittel im Verkehr – sie können sich meist selbst von A nach B bewegen - ist diese Art der Handelsbeeinträchtigung besonders schnell gegeben.*

Im Gegensatz zu Subventionen für einzelne Transportmittel ist die staatliche Unterstützung für Infrastrukturleistungen im Hinblick auf Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung nicht ohne weiteres dem Beihilfebegriff zuzuordnen. Zum einen fehlt bereits oft eine spezifische Infrastrukturrechnung, welche überhaupt die Beihilfeshöhe transparent machen würde. Dies liegt daran, dass die Infrastruktureinrichtungen als Bestandteil staatlicher Einrichtungen kostenlos oder nur über allgemeine (Verbrauchs)steuern benutzt werden können. Zum anderen wird bei ortsfesten Infrastruktureinrichtungen, welche i.d.R. nicht fungibel sind, die Frage der Selektivität der Beihilfenwirkung besonders intensiv zu stellen sein. Vielfach wird angenommen, eine Infrastrukturförderung für eine Einrichtung, die prinzipiell von jedem frei und diskriminierungsfrei nutzbar sei, könne niemals selektiv wirken, da die Planung und Entwicklung von Infrastrukturen als allgemeine Maßnahme des Staates zu sehen.<sup>4</sup> Lediglich wenn diese Einrichtung dauerhaft nur einem Unternehmen zu Gute kommt und auch die (potenzielle) Nutzbarkeit durch andere dauerhaft ausgeschlossen sei, wird eine selektive Wirkung angenommen.<sup>5</sup>

Andererseits wird selbst bei Öffnung der Infrastruktur für potenziell alle Nutzer doch immer ein Wettbewerb der Regionen um die Standortgunst und der Verkehrsträger untereinander verfälscht.<sup>6</sup> Dem wäre jedoch das Argument des aufgrund der nationalen Zuständigkeiten für zahlreiche Politikfelder (z.B. Steuerpolitik) sowieso gegebenen Standortwettbewerbs entgegenzuhalten. Auch ist eine Gleichbehandlung und damit ein Ausschluss der Wettbewerbsverzerrung der Verkehrsträger untereinander allein aufgrund ihrer unterschiedlich hohen Infrastrukturanteile rechnerisch unmöglich, so dass eine derartige Wettbewerbsgleichheit, die Möglichkeiten des EG-Beihilferechts überspannen würde.

Um diesem Dilemma eines möglicherweise sehr weitgehenden Verbots und andererseits der nationalen Zuständigkeiten für die Infrastrukturerstellung, -bewirtschaftung und -bepreisung entgegenzuwirken, sieht der EG-Vertrag eine weitgehende Ausnahmenvorschrift<sup>7</sup> zum Beihilfeverbot vor. Art. 73 EG lautet: "Mit diesem Vertrag vereinbar sind Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistung entsprechen."

## 1.2 Infrastrukturfinanzierung durch Koordinierungsbeihilfen

Mit der Regelung zu Koordinierungsbeihilfen geht der EG-Vertrag offensichtlich davon aus, dass die Verkehrsträger nicht ohne weiteres durch einen Markt zueinander und untereinander koordiniert werden können, sondern dieser Markt zunächst von den Staaten zu schaffen ist. Die Bedingungen des von den Staaten geschaffenen Marktes kann dabei auch Beihilfenelemente enthalten, diese stehen aber mit dem EG-Vertrag im Einklang, soweit sie der politischen Koordinierung des Verkehrs dienen. Diese Koordinierung steht damit neben

---

<sup>4</sup> Kommissionsentscheidungen vom 14.6.1999, NN 108/98, Tz. 4; vom 14.9.2000, N 208/2000, Tz. 20; vom 19.9.2001, N 500/2001 Tz. 14; vom 11.12.2001, N 550/2001 Tz. 24; vom 13.2.2002, NN 170/2001, Tz. 29; Weißbuch faire Preise der Infrastrukturnutzung, KOM (1998) 466 endg. Kap. 5 Tz. 43.

<sup>5</sup> Entscheidungen der Kommission K (1998) 3840 vom 25.11.1998, ABl. L 260 vom 6.10.1999, S. 1, 14; K (1999) 2895 vom 20.7.1999, ABl. L 137 vom 8.6.2000, S. 1 Tz. 29 und vom 14.7.1999, K (1999) 3441, ABl. EG L 61 vom 8.3.2000, S. 4 Tz. 34; Soltész, EuZW 2001, S. 107, 109; König/Kühling, DÖV 2001, S. 881, 883.

<sup>6</sup> In diese Richtung Entscheidungen der Kommission vom 22.12.1999, N 617/98, S. 4 f. und vom 14.9.2000, N 208/2000, Tz. 26.

<sup>7</sup> Dass Art. 73 EG neben Art. 87 Abs. 2 und 86 Abs. 2 EG eine weitere Legalausnahme vorsieht und nicht etwa ein eigenständiges Beihilfeverbot ist, ist inzwischen unumstritten anerkannt.

der der freien Marktwirtschaft, da in dieser ein Koordinierungsbedarf außerhalb der Marktkräfte per definitionem nicht besteht.<sup>8</sup>

Diese politische Koordinierung ist hierbei zunächst äußerst weit zu sehen. Dies ist dem Charakter des Kapitels Verkehr als Kompromiss zwischen stark interventionistischen Tendenzen und den liberalen Wirtschaftsauffassungen im Verkehrsbereich geschuldet. Andererseits ist diese Ausnahme im Zuge der zunehmenden europäischen Integration restriktiv zu sehen, da andernfalls jedes Marktelement im Verkehrsbereich und damit die elementaren Grundfreiheiten wie Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit ausgeschaltet werden könnte. Im Zuge der harmonischen Auslegung des Gesamtvertrags spricht daher einiges dafür, im Begriff “den Erfordernissen der Koordinierung entsprechen” eine strikte Erforderlichkeitsprüfung anzuwenden, welche immer auch das gemeinschaftliche Interesse an Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes und dessen Durchsetzung mittels Grundfreiheiten zu beachten hat. In diesem Sinne könnte auch die Einschränkung des Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG – “die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft” – in Art. 73 EG hineingelesen werden.

Mit dieser dynamischen Sicht der Dinge lässt sich auch der Widerspruch auflösen, dass der EG-Vertrag durch Sekundärrecht grundsätzlich nicht auslegbar ist, zum anderen aber in der Gestalt der VO (EWG) Nr. 1107/70 und 1191/69 wichtige Konkretisierungen der sehr unbestimmten Begriffe “Koordinierung des Verkehrs” und “Abgeltung bestimmter ... Dienste” vorgenommen wurden. Weitgehend unstrittig ist<sup>9</sup>, dass mit diesen Verordnungen der Gemeinschaftsgesetzgeber ersichtlich alle dem Art. 73 EG unterfallenden Anwendungsfälle konkretisieren wollte.<sup>10</sup> Gleichwohl pflegt die EG-Kommission hingegen unter direkten Rückgriff auf Art. 73 EG Beihilfen zu genehmigen, sei es weil im kombinierten Verkehr bestimmte Ausnahmebestimmungen aus Zeitgründen abgelaufen sind (Art. 3 Nr. 1 lit. d) VO (EWG) Nr. 1107/70)<sup>11</sup>, sei es weil die Koordinierung nicht angelasteter Wegekosten nur auf der Ebene der Nutzer geregelt ist (Art. 3 Nr. 1 lit. b) VO (EWG) Nr. 1107/70)<sup>12</sup> oder sei es weil ihr die bisherigen VO nicht flexibel genug erschienen.<sup>13</sup> Sie hat hierzu folgende Kriterien aufgestellt:<sup>14</sup>

- Die Beihilfe umfasst nur Zuschüsse, die zur Realisierung des Projektes erforderlich sind,
- sie wird für Infrastrukturen gewährt, die diskriminierungsfrei nutzbar sind und nicht nur einen Nutzer dienen<sup>15 16</sup> und

<sup>8</sup> Vgl. hierzu Entscheidung der Kommission vom 20.6.2001, N 219/2001, Tz. 34.

<sup>9</sup> Schlussantrag GA Léger vom 19.3.2002 in der Rs. C-280/00 „Altmark Trans“, Tz. 115 f.; *Erdmenger*, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art. 77 Rn. 14, *Bersch*, ZUR 1997, S. 4, 5; *Eiermann*, in: Kunz, Eisenbahnrecht, C 3.6 Art. 1 und 2 Anm. 1; *Nemitz*, in: Frohnmeier/Mückenhausen, EG-Verkehrsrecht, VO (EWG) 1107/70 Rn. 28; *Werner*, Nach der Regionalisierung, S. 39 ff., 57; *Barth*, Nahverkehr in kommunaler Verantwortung, S. 119. A.A. im Hinblick auf mögliche unzulässige Einschränkung des Primärrechts: *Frohnmeier*, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur europäischen Union, Art. 77 Rn. 7 f., *Jung*, TranspR 1998, S. 133, 145 f.

<sup>10</sup> Siehe Erwägungsgrund 5 und Art. 9 der Harmonisierungsentscheidung EWG/65/271 vom 13.5.1965, ABl. L 88, S. 1500.

<sup>11</sup> Hierzu gehören die Entscheidungen vom 31.3.1999, N 588/98, S. 11; vom 20.7.1999, N 121/99, S. 5; vom 14.9.2000, N 208/2000, Tz. 28; vom 9.12.2000, N 577/99, Tz. 27; vom 26.1.2001, N 815/A/99, Tz. 24; vom 31.1.2001, N 597/2000, Tz. XX; vom 11.12.2001, N 550/2001, Tz. 31 f.

<sup>12</sup> Entscheidung der Kommission vom 19.9.2001, N 500/2001, Tz. 22.

<sup>13</sup> Entscheidungen der Kommission vom 22.10.1997, N 79/97, ABl. C 377 vom 12.12.1997, S. 3 (nur Zusammenfassung); vom 29.3.2000, N 464/99, Tz. 44; vom 19.9.2001, N 500/2001, Tz. 18; „integriertes und nachhaltiges Transportsystem, Tz. 20 „Kompensation der Nichtanlastung externer Kosten“; vom 11.12.2001, N 550/2001, Tz. 28 ff. „Marktversagen“.

<sup>14</sup> Entscheidungen der Kommission vom 21.4.1999, N 588/98, S. 10 f.; vom 8.7.1999, N 121/99, S. 6; vom 22.12.1999, N 617/98, S. 6; vom 29.3.2000, N 464/99, Tz. 45; vom 14.9.2000, N 208/2000, Tz. 31; vom 15.11.2000, N 755/99, Tz. 43; vom 9.12.2000, N 577/99, Tz. 28; vom 19.9.2001, N 500/2001 Tz. 23.; vom 31.1.2001, N 597/2000, Tz. 25; vom 11.12.2001, N 550/2001, Tz. 33.

<sup>15</sup> Dies war z.B. im Fall Entscheidung der Kommission vom 11.12.2001, N 550/2001, Tz. 25 ausschlaggebend für die Einstufung als mögliche Beihilfe.

- die Förderung bewirkt keine Wettbewerbsverfälschung, die dem gemeinsamen Interesse zu widerspricht.<sup>17</sup>

### 1.3 Unternehmensbegriff im Beihilferecht

Neben der Frage, ob durch Infrastrukturförderung Nutzer der Infrastruktur und dahinter gelagerte Produktionsressourcen begünstigt werden, rückt zunehmend eine zweite Dimension möglicher Begünstigungen ins Blickfeld: Die Erstellung und der Betrieb von Infrastrukturleistungen. Hier geht es um den Unternehmensbegriff, sei es im Bezug auf einen möglichen Wettbewerb um den Markt der Infrastrukturerstellung/-bereitstellung<sup>18</sup> oder einen Wettbewerb verschiedener Infrastruktureinrichtungen zueinander.<sup>19</sup>

Relevant für die Kontrolle staatlicher Beihilfen sind nur Transfers an Unternehmen, d.h. innerstaatliche Transfer sind nicht weiter von Belang. Jedoch ist der Unternehmensbegriff des Art. 87 EG einheitlich im Sinne des EG-Wettbewerbsrechts auszulegen. Es ist unzweifelhaft, dass zum Unternehmensbegriff des EG-Wettbewerbsrecht auch staatliche Behörden oder öffentliche Unternehmen gehören, sofern sie ihre Leistungen auf einem Markt erbringen, für den ein spezifisches Entgelt gezahlt wird und diese Leistungen Gegenstand unternehmerischer Initiative sein können<sup>20</sup> (wirtschaftliche Tätigkeit<sup>21</sup>). Wie das Urteil zum Vermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit zeigt<sup>22</sup>, ist es unerheblich, dass die Leistung im konkreten Fall per Gesetz von unternehmerischer Initiative ausgeschlossen ist (Staatsmonopol). Vielmehr war entscheidend, dass die Leistung prinzipiell unternehmerischer Initiative zugänglich ist und ein Staatsmonopol im Hinblick auf Art. 82 und 86 EG nicht gerechtfertigt werden konnte.

Nur die Ausübung unmittelbarer hoheitlicher Gewalt und soziale, sowie karitative Leistungen können nicht dem Unternehmensbegriff unterfallen, sehr wohl aber Leistungen staatlicher Daseinsvorsorge. Die Bereitstellung von Autobahnen, Straßentunnel etc. durch private Straßengesellschaften, der Betrieb von privaten Eisenbahninfrastrukturen und der Betrieb von privaten Infrastrukturen des Omnibusverkehrs in Europa zeigen eindrücklich, dass Infrastrukturentwicklung und -betrieb sehr wohl eine Aufgabe unternehmerischer Initiative sein kann. Hieraus gründet sich auch die Verankerung des Rechts der Infrastruktur im Eisenbahnbereich und öffentlichen Straßen Personennahverkehr (ÖSPV) im Gewerberecht (AEG, PBefG). Soweit z.B. für Straßen oder Busbahnhöfe keine Entgelte erhoben werden, sondern diese pauschal über Steuern finanziert werden, fehlt zwar die spezifische

---

<sup>16</sup> In der Entscheidung der Kommission vom 27.2.2002, N 644/2001, Tz. 28 wird dieses Kriterium ohne weitere Begründung fallen gelassen.

<sup>17</sup> In diesem Kontext nimmt es die Kommission hin, dass in bestimmten Umfänge der Wettbewerb um den Infrastrukturbetrieb tangiert wird, wenn mit den Beihilfen ein besonders umweltschonender Verkehrsträger gefördert wird, hier Eisenbahn: Entscheidung der Kommission vom 19.9.2001, N 500/2001, Tz. 32.

<sup>18</sup> Vgl. Entscheidungen der Kommission vom 29.3.2000, N 464/99, Tz. 36 und vom 13.2.2002, NN 170/2001, Tz. 31.

<sup>19</sup> Vgl. Entscheidungen der Kommission vom 8.7.1999, N 121/99, S. 5; vom 22.12.1999, N 617/98, S. 3; vom 29.3.2000, N 464/99, Tz. 36; vom 14.9.2000, N 208/2000, Tz. 22; vom 9.12.2000, N 577/99, Tz. 22; vom 22.12.2000, N 617/98, Tz. 40; vom 11.12.2001, N 550/2001, Tz. 24.

<sup>20</sup> Die Möglichkeit der Marktgängigkeit betonen auch *Kämmerer*, Privatisierung, S.103; *Rumpff*, Das Ende öffentlicher Dienstleistungen in der Europäischen Union?, S.72; *Koenig/Kühling*, EuZW 2000, S. 197, 200.

<sup>21</sup> Siehe hierzu EuGH, Rs. C-159 und 160/91, "Poucet und Pistr", Urteil vom 17.1.1993, Slg. I-637 Tz. 17; EuGH, Rs. C-364/92, "SAT", Urteil vom 19.1.1994, Slg. I-42 Tz. 18; EuGH, Rs. C-244/94, "Fédération française des sociétés d'assurance u.a.", Urteil vom 16.11.1995, Slg. I-4013 Tz. 14; EuGH, Rs. C-364/92, Urteil vom 19.1.1994, "Eurocontrol", Slg. 1994, I-43, Tz. 18; EuGH, Rs. C-55/96, Urteil vom 11.12.1997, „Job Centre“, Slg. 1997, I-7119, Tz. 21; EuGH, Rs. C-475/99, Urteil vom 25.10.2001, "Ambulanz Glöckner", Slg. 2001, I-8089, Tz. 20

<sup>21</sup> Vgl. EuGH, 20.3.1985, Rs. 41/83 – Italien/Kommission, Slg. 1985, 873, Rdnrn.16ff. In der Entscheidung der Kommission vom 18.7.2001, K (2001) 2346, ABl. L 312 vom 29.11.2001, S. 5, Tz. 55 wurden (noch) öffentliche Hafentreiber ohne weiteres zum Erbringer wirtschaftlicher Tätigkeit gezählt.

<sup>22</sup> EuGH, Rs. C-41/90, "Höfner und Elser", Urteil vom 23.4.1991, Slg. I-1979, v.a. Tz. 21 und GA Jacobs I-2004.

Gegenleistung, jedoch sind die gesondert erhobenen Steuern und die anteilige Staatsfinanzierung durchaus auch als nutzerdefinierte Beiträge zu sehen. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass im Wegekostenkonzept der Kommission selbst eine zunehmende spezifische Nutzerfinanzierung vorgesehen ist, was auch hier deutlich macht, dass die Leistung gegen eine spezifische Gegenleistung gewährt wird.

#### **1.4 Auswahl des Infrastrukturbetreibers**

Abgesehen von den Beihilfen für privilegierte Nutzer können auch Beihilfen Begünstigungen für bestimmte Betreiber bewirken, wenn diese im (potenziellen) Wettbewerb zueinander stehen, sei es im Standortwettbewerb konkurrierender Einrichtungen untereinander (z.B. Umschlagseinrichtungen<sup>23</sup>) oder sei es in einem Wettbewerb um die Realisierung des Vorhabens.<sup>24</sup> In den letzteren Fällen betont die Kommission, dass eine diskriminierungsfreie und transparente Ausschreibung des Betreibers<sup>25</sup> oder die Förderung aller in Betracht kommenden Betreiber<sup>26</sup> eine Wettbewerbsverfälschung vermeidet. Sie hat gleichwohl auch die Förderung privater Betreiber genehmigt, wenn die Angemessenheit der Förderung nachgewiesen war<sup>27</sup> und insgesamt keine den Gemeinschaftsinteresse widersprechende Handelsbeeinträchtigung eintrat.

#### **1.5 Koordinierungsbeihilfen im Sekundärrecht**

*Grundvorschrift der Ausfüllung von Art. 73 EG ist die VO (EWG) Nr. 1107/70, welche in Art. 3 Nr. 1 die Koordinierungsbeihilfen regelt und in Art. 3 Nr. 2 die Abgeltungsbeihilfen aufzählt. Hinzu kommen die in der VO (EWG) Nr. 1191/69 genannten Abgeltungsbeihilfen im Personenverkehr (ursprünglich nur die der Staatseisenbahnen) und die Beihilfen zum Ausgleich bestimmter Lasten für die Staatseisenbahnen nach VO (EWG) Nr. 1192/6928.*

*Infrastrukturelevant in der VO (EWG) Nr. 1107/70 sind folgende Regelungen:*

*- Beihilfen an Unternehmen, die im Gegensatz zu anderen Unternehmen mit Ausgaben für die von ihnen benutzten Verkehrswege belastet sind. Die Höhe der Beihilfe ist danach zu beurteilen, welchen Anteil der Wegekosten konkurrierende Verkehrsträger nicht zu tragen haben. Diese Regelung gilt bis zum Inkrafttreten einer gemeinsamen Regelung über die Anlastung der Wegekosten (Art. 3 Nr. 1 lit. b)*

*- Förderungen des kombinierten Verkehrs, v.a. Infrastruktur und Umschlagseinrichtungen (Art. 3 Nr. 1 lit. e).*

*In der VO (EWG) Nr. 1192/69 sind v.a. die Punkte*

*- Übernahme der Aufwendungen für Kreuzungsanlagen durch die Eisenbahn (Art. 4 Abs. 1 lit. d) mit einem ungewöhnlich hohen Anteil (Anhang IV),*

---

<sup>23</sup> Vgl. Entscheidungen der Kommission vom 11.12.2001, N 550/2001, Tz. 48.

<sup>24</sup> Entscheidungen der Kommission vom 19.9.2001, N 500/2001, Tz. 14, 16.

<sup>25</sup> Entscheidungen der Kommission vom 30.4.1996, N 234/96 (unveröffentlicht); vom 20.7.1999, N 121/99, S. 5; vom 22.12.1999, N 617/98, S. 3; vom 29.3.2000, N 464/99, Tz. 34, 38; vom 14.9.2000, N 208/2000, Tz. 22; vom 11.12.2001, N 550/2001, Tz. 24.

<sup>26</sup> Entscheidungen der Kommission vom 20.7.1999, N 121/99, S. 7.

<sup>27</sup> Hierzu wird ein Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen gefordert. Entscheidung der Kommission vom 20.7.1999, N 121/99, S. 5 f. Andererseits stellt eine Förderung von nur 50% sicher, dass keine unangemessenen Kosten bezahlt werden: Entscheidung der Kommission vom 11.12.2001, N 550/2001 Tz. 37. Dies verkennt allerdings den Umstand, dass jede Förderung zu Mitnahmeeffekten und damit Ineffizienzen führt.

<sup>28</sup> Vom 26.6.1969, ABl. L 56 S. 8, zuletzt geändert durch VO (EWG) Nr. 3572/90 vom 4.12.1990, ABl. L 353 S. 12.

- von den zuständigen Stellen auferlegte Verzögerung der Instandhaltung und Erneuerung (Art. 4 Abs. 2 lit. c)/Anhang VI),

- vom Staat auferlegte Aufrechterhaltung von Werkstätten oder sonstigen Betriebseinrichtungen unter Voraussetzungen, die sich mit einer kaufmännischen Geschäftsführung der Eisenbahnunternehmen nicht vereinbaren lässt (Art. 4 Abs. 4 lit. e) relevant.

Zentral für die Infrastrukturfinanzierung ist damit die Generalermächtigung aus Art. 3 Nr. 1 lit. b) VO (EWG) Nr. 1107/70. Für deren Anwendung muss aber festgestellt werden, ob eine gemeinsame Regelung für die Anlastung der Wegekosten mittlerweile in Kraft getreten ist..

Hierfür wurden zwar seit den siebziger Jahren erhebliche Vorarbeiten geleistet, wie z.B. die Berechnung der Wegekosten (VO (EWG) 1108/7029 und VO (EWG) 2598/70), jedoch konnte eine gemeinsame Regelung nicht erreicht werden. Erst mit den Untersuchungen über "faire und effiziente Preise im Verkehr"<sup>30</sup> wurde ein möglicher Rahmen wettbewerbskonformer Infrastrukturkosten aufgezeigt. In dessen Gefolge präferiert die EG im Eisenbahnbereich eine weitgehend staatliche Finanzierung der Infrastrukturkosten im Eisenbahnverkehr.<sup>31</sup> Dies soll zumindest solange gelten, wie die Infrastrukturbereitstellung und Finanzierung auch im Straßenverkehr weitgehend staatlich erfolgt und der Eisenbahnverkehr wesentlich geringere externe Kosten aufweist. Allerdings ist fraglich, ob die Kommission sich mit dieser deutlichen Linie dauerhaft durchsetzen können.<sup>32</sup> Im Straßenverkehr sollen die direkten nutzungsabhängigen Kosten angelastet werden, wobei die externen Kosten v.a. im Rahmen der Staukosten Bestandteil der Bepreisung werden sollen. Von diesen Vorschlägen ist aber noch nichts umgesetzt. Lediglich im Bezug auf spezielle Entgelte für schwere Nutzfahrzeuge besteht mit der RL 1999/62/EG eine Mindestharmonisierung. Dies kann aber nicht als Vollharmonisierung angesehen werden,

- da nur ein Teil des Straßenverkehrs (schwere Nutzfahrzeuge) erfasst ist, andere Verkehrsträger gar nicht,

- da nur ein Teil des Straßennetzes (nur Schnellstraßen) erfasst ist und

- die Regelung selbst nur eine Mindestharmonisierung der Wegebenutzung (Mindest- und Höchstgebühren der Benutzungskosten) beabsichtigt, ohne einer späteren Vollharmonisierung vorzugreifen.

Daraus folgt, dass nach wie vor zum Zwecke der Harmonisierung unterschiedlicher Wegekostendeckungsgrade die Mitgliedstaaten Unternehmen Beihilfen zukommen lassen können. Bevorzugter Anknüpfungspunkt dürfte hierbei die Subventionierung bzw. Übernahme von Wegekosten durch die Staaten sein. Hierbei wird vermieden, dass es zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Verkehrsunternehmen (Nutzer der Infrastruktur) kommt und es wird erreicht, dass die Wegekostendeckung koordiniert wird.

## 2. Der Verordnungsvorschlag KOM (2000) 5 endg.

<sup>29</sup> Vom 4.6.1970, ABl. L 130, S. 4.

<sup>30</sup> Kommission, Weißbuch "Faire Preise für die Infrastrukturbenutzung" KOM (98) 466 vom 22.7.1998, Beilage 3 EG-Bull. 1998; Grünbuch "Faire und effiziente Preise im Verkehr" KOM (95) 691 vom 20.12.1995.

<sup>31</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 3 RL 91/440/EWG und Art. 6 Abs. 1 RL 95/19/EG sowie noch deutlicher der Vorschlag der Änderung der RL 95/19/EG vom 25.11.1999, KOM (1999) 616 endg., hier v.a. Art. 6, sowie weiterhin der Vorschlag zur Änderung der VO (EWG) 1107/70, KOM (2000) 5 endg. vom 26.7.2000, hier v.a. Art. 6 Abs. 1 der kein Anmeldeerfordernis für Infrastrukturbeihilfen vorsieht, sofern die Infrastruktur jedermann offensteht.

<sup>32</sup> Siehe zur Kritik aus Deutschland BR Drs. 835/98 (Beschluss) Nr. 5 ff. Hier wird eine ausschließlich unternehmerische Finanzierung des Eisenbahnfahrwegs gefordert. Allerdings entspricht dies kaum der Realität der DB Netz AG.

## 2.1 Politik der gerechten Wegekosten mittels Infrastruktursubventionen

Ausgangspunkt des zukünftigen Rechtsrahmens der öffentlichen Finanzierung zum Zwecke der Koordinierung im Verkehr ist die Überlegung, dass ein europäisch harmonisiertes Verfahren zur Erhebung von Wegeentgelten bisher nicht installiert werden konnte. Daher besteht ein Bedarf für staatliche Unterstützungen, damit die Verkehrsträger in ihrer Bedeutung<sup>33</sup> untereinander koordiniert werden (Erwägung 3). Mit diesem Fokus soll zukünftig der unbestimmte Begriff in Art. 73 EG "Erfordernisse der Koordinierung des Verkehrs" ausgefüllt werden. Diese Verknüpfung von primärem und sekundärem EG-Recht bringt damit folgendes zum Ausdruck:

"Die Erfordernisse der Koordinierung des Verkehrs"<sup>34</sup> sollen für die Landverkehrsträger abschließend in der neuen Verordnung festgehalten werden (Art. 1 des Vorschlags und Erwägung 6 Satz 2). Dies entspricht auch der Tradition der VO (EWG) Nr. 1107/70. Der Gemeinschaftsgesetzgeber nimmt damit für sich das Recht in Anspruch, den unbestimmten Vertragsbegriff des Art. 73 EG auszulegen.

Die Auslegung soll dadurch geschehen, dass eine Vermutung für das Erfüllen des Kriteriums "Erfordernisse der Koordinierung" geschaffen wird (Erwägung 6). Probates Mittel hierzu ist die Freistellung von der Notifikation gemäß Art. 6 Abs. 1 des Verordnungsvorschlags. Von der Notifikation freigestellte Beihilfen sollen also per se dem Koordinierungsbegriff zugeordnet werden. Insofern erscheint es zweitrangig, ob die jeweilige Förderung tatsächlich dem Beihilfenbegriff von Art. 87 Abs. 1 EG unterliegt, oder mangels Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung gar keine tatbestandliche Beihilfe ist, auf die Art. 73 EG und damit auch der Verordnungsentwurf zutreffen würde (Erwägung 5).

Die Zielrichtung des Konzepts der Koordinierung im Verkehr durch harmonisierte Wegekosten<sup>35</sup> bedingt, dass staatliche Transfers an den Wegekosten ansetzen. Daher sind zukünftig nur noch<sup>36</sup> Infrastrukturbeihilfen (Art. 3 des Vorschlags) und ausnahmsweise Nutzungsbeihilfen für Infrastrukturen durch den Güterverkehr (Art. 4) zulässig. Die Infrastrukturbeihilfen sind staatliche Unterstützungen an den Ersteller und/oder Betreiber der Infrastruktur, die zur entsprechenden Kostensenkung notwendig sind, damit die Infrastruktur durch attraktive Nutzungsbedingungen zur Koordinierung im Verkehr beitragen kann. Diese Koordinierung soll im Rahmen der gemeinschaftlichen Ansätze erfolgen und fußt auf staatlicher Marktintervention (so deutlich in der Begründung Nr. 24). Die Koordinierung ist erforderlich, weil und soweit der Markt versagt (z.B. externe Effekte und öffentliche Güter) oder weil ein wettbewerbsfähiger Markt gar nicht zu Stande kommt oder kommen kann (Begründung Nr. 24).

Der Ansatz der Subvention der Wegekosten ist insgesamt dynamisch. Unterstützungen sollen nur noch insoweit geleistet werden, wie ein gemeinschaftlicher Rahmen für harmonisierte Wegeentgelte (noch) nicht besteht (Art. 3 Abs. 2 des Vorschlags). Die Förderhöhe wird durch das Konzept der ausgleichenden Wegekosten begrenzt (Erwägung 12). Es darf daher keine Förderung erfolgen, welche das Konzept der anteiligen Wegekostendeckung<sup>37</sup> untergräbt (Begründungen Nr. 55 f.).

<sup>33</sup> Gemeint ist wohl in ihrer politischen Gewichtung.

<sup>34</sup> Die Abgeltung soll abschließend in der Nachfolgeverordnung zur VO (EWG) Nr. 1191/69 = Vorschlag KOM (2000) 7 endg. festgehalten werden. Vgl. dort v.a. Erwägung 32.

<sup>35</sup> Siehe hierzu Weißbuch der Kommission KOM (98) 466 endg., "Faire Preise für die Infrastrukturbenutzung: Ein abgestuftes Konzept für einen Gemeinschaftsrahmen für Verkehrsinfrastrukturgebühren in der EU", Bulletin der EU, Beilage 3/98.

<sup>36</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. b) VO (EWG) Nr. 1107/70 sprach hingegen nur von "Berücksichtigung der Wegekosten".

<sup>37</sup> Die Wegekosten sollen zum einen die direkt zuordenbaren Infrastrukturkosten tragen, zum anderen sollen nach dem EG-Konzept sukzessive die Verkehre mit dem externen Kosten belastet werden. Neben den Umwelt- und Unfallkosten, die in Höhe

Abgesehen von diesen spezifischen Intentionen bleibt die Ausfüllung des Begriffs notwendige Beihilfe für Koordinierung des Verkehrs durch Infrastrukturen weiterhin unbestimmt. Art. 3 Abs. 1 des Vorschlags bestimmt lediglich<sup>38</sup>, dass der Beihilfeanteil im Rahmen der Gesamtfinanzierung notwendig für die Realisierung des Projektes ist (lit. a) und “nicht zu einer Wettbewerbsverfälschung führt, die dem gemeinschaftlichen Interesse zuwiderläuft” (lit. b). Während erstere Bedingung ersichtlich auf eine Begrenzung finanzieller Unterstützung hinausläuft und damit v.a. Überkompensationen zu vermeiden versucht sowie den Marktkräften den Vorrang lässt (Begründung Nr. 57) ist letztere Bestimmung eine Blankettnorm<sup>39</sup> zur Eingrenzung divergierender nationalstaatlicher Politiken. Die Rückbindung nationaler Freiheiten an das gemeinschaftliche Interesse ist hierbei fast wortgleich aus Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG und Art. 87 Abs. 3 lit. c) und d) EG übernommen.

*Auch die spezifischen Regelungen für einzelne Sektoren sind recht unergiebig. So hält Art. 7 Abs. 3 der RL 2001/12/EG zur Änderung der RL 91/440/EWG über die Entwicklung der Eisenbahnunternehmen fast identisch am bisherigen Wortlaut fest: “Die Mitgliedstaaten können dem Betreiber der Infrastruktur ferner unter Wahrung der Artikel 73, 87 und 88 des Vertrages Mittel zuweisen, die im angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben, der Größe und dem Finanzbedarf stehen und zwar insbesondere für Neuinvestitionen.” Damit soll offensichtlich zum Ausdruck gebracht werden, dass Eisenbahninfrastrukturunterstützungen generell nicht im Konflikt mit den Art. 73 und 87 EG stehen und sie daher bevorzugter Weg der Unterstützung des Eisenbahnsektors sind. Lediglich im Hinblick auf die Höhe muss eine Überfinanzierung vermieden werden. Bester Weg hierzu ist die Unterstützung von Neuinvestitionen.*

Letztlich läuft Art. 3 des Verordnungsentwurfs auf einen Genehmigungstatbestand – ähnlich Art. 87 Abs. 3 lit. c) EG hinaus. Dieser soll der Kommission einen entsprechenden Spielraum für alle diejenigen beihilfeverdächtigen Finanzierungen geben, die nicht schon nach Art. 6 des Vorschlags KOM (2000) 5 endg. von der Notifizierung freigestellt sind. Diese Intention wird auch in der Begründung Nr. 40 des Vorschlags bekräftigt. Damit würde bei Verabschiedung des VO-Entwurfs in bedenklicher Abkehr zu Art. 73 EG der Kommission ein Ermessen eingeräumt, ein Ermessenstatbestand intendiert. Die Kommission scheint offensichtlich in folgenden Fällen ein ihr nach Art. 73 EG<sup>40</sup> nicht zustehendes Ermessen zu benötigen:

- Genehmigung von Beihilfen an öffentliche (ohne Staaten) und private Infrastrukturbetreiber, sofern sie nicht in einem offenen, transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahren ausgewählt wurden (Nr. 47 und 48 der Begründung),
- Genehmigung von Beihilfen zum Bau und Betrieb von Terminals aufgrund unternehmerischer Initiative (Nr. 49 f. der Begründung),
- Genehmigung von Beihilfen zu Gunsten von Eisenbahninfrastrukturunternehmen (Begründung Nr. 52). Gleichzeitig wird aber betont, dass im Falle einer geöffneten Infrastruktur “bis auf weiteres” gar keine Vorabnotifikation erfolgen soll, so dass die Kommission keine Prüfung dieser Beihilfen beabsichtigt.

## **2.2 Der neue Infrastrukturbegriff**

Art und Umfang möglicher öffentlicher Finanzierung für Infrastrukturen wird maßgeblich durch den Infrastrukturbegriff vorentschieden. Der Verordnungsvorschlag definiert in Art. 2

---

und Struktur stark umstritten sind, denkt die EG-Kommission auch v.a. an Staukosten. Es ist aber heftig umstritten, ob Staukosten wirklich extern sind, oder nicht bereits durch die im Stau steckenden Verkehrsteilnehmer internalisiert sind.

<sup>38</sup> Auch die Begründung (Nr. 21) wiederholt diese Vorschrift nur wörtlich, anstatt sie zu erläutern.

<sup>39</sup> Auch die Begründung (Nr. 58) ist hierzu wenig aussagekräftig. Sie betont lediglich die Vermeidung eines unbilligen Wettbewerbs zwischen Terminals.

<sup>40</sup> Im Gegensatz z.B. zu Art. 86 Abs. 3 EG.

Satz 2 die Infrastruktur als ortsfeste Anlagen zum Befördern und zum Umschlagen von Personen und Gütern einschließlich damit verbundener Sicherheits- und Navigationssysteme. Diese Begriffsbestimmung im Rahmen dieser Verordnung soll der Abgrenzung zwischen grundsätzlich erwünschter Finanzierung von Verkehrsinfrastrukturen und grundsätzlich unerwünschter Finanzierung von Betriebskosten dienen.

Zunächst ist hierzu Voraussetzung, dass die Einrichtung im unmittelbaren Zusammenhang mit den Beförderungs- und Umschlagleistungen für Personen und Güter stehen. Neben den für die Fahrt benötigten Anlagen (Gleise/Straßen/Spuren einschließlich der Betriebsleitsystemen und Systemen kontinuierlicher Energieversorgung) gehören hierzu die Umschlagseinrichtungen wie Bahnsteige, Rampen, Abfertigungsgebäude, Zufahrten u.s.w. Auch wird man noch einen Zusammenhang zur Beförderungsleistung herstellen können, soweit es um das ortsgewundene Abstellen und Auf-/Abrüsten von Fahrzeugen geht, um sie für den nächsten Einsatz vorzubereiten. Kein Bezug zu einer Beförderungsleistung dürfte dagegen die Wartung, Instandhaltung und Instandsetzung von Fahrzeugen sein. Diese erfordert regelmäßig eine Herausnahme der Fahrzeuge aus dem Betrieb, so dass diese gerade und damit benutzte Infrastruktur nicht mehr der Beförderung zur Verfügung steht.

Wie sich aus dem Vergleich mit anderen Sprachfassungen ergibt, liegt der Schwerpunkt allerdings nicht auf dem Begriff "ortsfest", sondern vielmehr im Bereich von dauerhaften Einrichtungen<sup>41</sup>, welche Gefahr laufen, Engpässe ("bottleneck") darzustellen.<sup>42</sup>

In Art. 6 Abs. 2 des Vorschlags wird an überraschender Stelle noch eine weitere Konkretisierung des Begriffs Infrastruktur vorgenommen. Hiernach gelten verkehrsträgerspezifische Eisenbahnterminals und Bahnhöfe als integraler Bestandteil des Eisenbahnnetzes. Die Förderung von Bestandteilen des Eisenbahnnetzes ist wiederum eine nicht notifizierungsbedürftige Tatsache, so dass man hieraus schließen muss, dass Eisenbahnterminals (ohne Umschlagseinrichtungen für den kombinierten Verkehr) und Bahnhöfe zum Infrastrukturbegriff dieser Verordnung zählen sollen.

Aus dem zeitgleich vorgelegten Vorschlag KOM (2000) 7 endg. über Dienstleistungsaufträge im öffentlichen Verkehr<sup>43</sup> könnten aus deren Art. 6 weitergehende Schlussfolgerungen zum Infrastrukturbegriff im Personenverkehr gezogen werden. Nach dem Wortlaut in lit. b) müssen Fahrzeuge und anderes rollendes Material nicht vom Betreiber gestellt werden, vielmehr kann nach lit. c) die Fahrzeugstellung durch den Betreiber eine Verlängerung der Regellaufzeit bewirken, sofern die Fahrzeuge nicht oder nur schwer anderweitig eingesetzt werden können. Somit könnte man annehmen, dass auch Fahrzeugpools und ähnliches dem Infrastrukturbegriff zuzurechnen wären. Allerdings überdehnt eine solche Auslegung den Bedeutungsgehalt dieses Artikels. Art. 6 regelt nämlich nicht etwa die Abgrenzung zwischen Betriebs- und Infrastrukturmitteln, sondern regelt lediglich Mindestkriterien der von den Unternehmen zu tragenden Produktionskosten und Amortisationsrisiken. Soweit diese Risiken nämlich nicht von den Unternehmen getragen würden, könnte dieser Auftrag nicht mehr als Dienstleistungsauftrag zum Erbringen von (gemeinwirtschaftlichen) Personenverkehrsdienstleistungen verstanden werden, sondern wäre z.B.: ein reiner Personalgestellungsvertrag, bei dem die Behörde letztlich der Verkehrsunternehmer ist.

Es ist daher festzuhalten, dass auch im Hinblick auf die neue Verordnung zu gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen der enge Infrastrukturbegriff des Vorschlags

---

<sup>41</sup> Der Begriff "langfristig" wird auch in der Begründung Nr. 35 verwandt. Im Gegensatz hierzu wird der Begriff "bewegliche Einrichtungen" gebraucht.

<sup>42</sup> Die englische Sprachfassung spricht von "permanent facilities", die französische von "installation permanents"

<sup>43</sup> Inzwischen ersetzt durch den weitgehend gleichen Vorschlag KOM (2002) 107 endg.

maßgeblich ist, nach dem nur ortsfeste Einrichtungen mit dem Charakter von möglichen, nicht ohne weiteres beseitigbaren Engpässen als Infrastruktur anzusehen sind.

### 2.3 Ersteller- und Bewirtschaftermarkt

Neben dieser dynamisch zu verstehenden Politik der staatlichen Unterstützung für Infrastruktursektoren, verfolgt der Vorschlag auch das Ziel, private und öffentliche Infrastrukturersteller und –betreiber gleich zu stellen (Erwägung 8 des Vorschlags und Begründung Nr. 17). Hierzu steht aber die Begünstigung staatlicher Infrastrukturbereitstellung im Widerspruch. Erwägung 9 versucht nämlich, die vom Staat betriebenen, allen Wettbewerbern geöffneten Infrastrukturen vom Beihilfebegriff auszunehmen. Ansatzpunkt der Gleichstellung staatlicher und privater Ersteller und Betreiber ist ein offenes und nichtdiskriminierendes Ausschreibungsverfahren (Erwägung 10<sup>44</sup>).

Insgesamt sind die vorgesehenen Begründungen inkonsistent. Diese widersprechen diametral dem zwischenzeitlich erreichten gemeinschaftlichen Rechtsstand.<sup>45</sup> Die Behauptung in der Begründung Nr. 18 des Entwurfs, dass “Bau und Betrieb von Straßen durch staatliche Stellen, die keinerlei Gewinne anstreben, auf keinem Fall zum Geltungsbereich dieser Verordnung gehören”, steht auf tönernen Füßen. Denn gerade eine Gewinnerzielungsabsicht ist überhaupt nicht maßgebend für die Zuordnung zum Begriff des Unternehmens.<sup>46</sup> Dies erkennt auch die Kommission, wenn sie fortfährt, dass “ein von den Behörden getrennter öffentlicher Verkehrsinfrastrukturbetreiber immer unter die Definition (des Unternehmensbegriffs) falle”.<sup>47</sup> Die Kommission sieht richtig, dass jedwede Unterstützung für einen Infrastrukturbetreiber den Marktzugang anderer, v.a. ausländischer Konkurrenz schwächt und damit auf den zwischenstaatlichen Handel Auswirkungen hat (Begründung Nr. 19 und 46). Daher muss der Betreiber in einem offenen und nichtdiskriminierenden Verfahren ausgewählt werden, um jedwede Überkompensation und jedwede Verfälschung des Marktzugangs zu vermeiden (Begründung Nr. 20, 41).

### 2.4 Offener Infrastrukturzugang

Die Öffnung des Infrastrukturzugangs soll durch die Freistellung von der Notifizierungspflicht gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a) des Vorschlags gefördert werden. Selbst wenn es sich bei der Unterstützung für die Infrastruktur um eine Beihilfe handeln würde, scheint es vertretbar, auf eine Vorabnotifikation zu verzichten. Die wettbewerbliche Auswirkung wäre insgesamt gering, Wettbewerb auf der Infrastruktur kann stattfinden (vgl. Begründung Nr. 66).

Auch wird über die Erwägungen und das Memorandum (Begründungen Nr. 39) im Vorschlag (Erwägung 9) die Öffnung von Infrastruktureinrichtungen für alle (potenziellen) Nutzer versucht, indem dort die öffentliche Finanzierung geöffneter Infrastruktur per se vom Beihilfeverbot ausgenommen wird, da hier eine Begünstigung bestimmter Unternehmen gar nicht vorliegen könne. Unterstützung erfährt dieser Ansatz im Abfordern von Informationen

<sup>44</sup> Auch in ihren Genehmigungsentscheidungen hat die Kommission bisher diesen Standpunkt vertreten. Z.B. vom 20.7.1999, N 121/99, S. 5.

<sup>45</sup> Siehe unter 1.3.

<sup>46</sup> EuGH, Rs. C-209 bis 215 und 218/78, “Van Landewyck/Kommission”, Urteil vom 29.10.1980, Slg. 3125 Tz. 88 und EuGH, Rs. C-244/94, “Fédération française des sociétés d’assurance u.a.”, Urteil vom 16.11.1995, Slg. I-4013 Tz. 21.

<sup>47</sup> Daher hat die Kommission bereits bisher schon PPP und Privatisierungsbeihilfen am Maßstab des Unternehmensbegriffs gemessen. Entscheidung vom 11.12.2001, N 550/2001, Tz. 24; weiterhin ohne weitere Begründung die halbstaatlichen Autobahnbetreiber in Frankreich, Entscheidung der Kommission vom 24.10.2000, N 540/2000, Tz. 19. Vgl. weiterhin Entscheidungen der Kommission vom 7.1.2000, N 582/99, S.7; vom 18.7.2001, K (2001) 2346, ABl. L 312 vom 29.11.2001, S. 5, Tz. 55; vom 26.1.2001, N 815/A/99, Tz. 21; vom 13.2.2002, NN 170/2001, Tz. 31; vom 24.4.2002, N 706/2001 Tz. 60.

über die Öffnung von Infrastrukturen in den Beihilfeberichten der Mitgliedstaaten (Art. 7 Abs. 1 lit. a).

Rechtlicher Hintergrund dieses Ansatzes ist, dass mit einem diskriminierungsfreien Zugang zu einer Infrastruktur die Überleitung von Beihilfen in den Betriebsbereich und damit die Förderung eines bestimmten Verkehrsunternehmens wirksam ausgeschlossen werden kann<sup>48</sup>. Allerdings kann dennoch eine Verfälschung des Infrastrukturwettbewerbs erfolgen, so dass diese Begründungen nicht hinreichend tragfähig sind, vielmehr muss auch der Wettbewerb um die Infrastrukturerstellung und den Infrastrukturbetrieb mit betrachtet werden.

Weiterhin ist zu kritisieren, dass in den Begründungen Nr. 52 f. und 68 die Öffnung von Eisenbahnnetzen lediglich im Umfange der RL 91/440/EWG gefordert wird. Die angeführte begrenzte gemeinschaftsrechtliche Liberalisierung besagt aber nicht, dass a) alle Länder zur umfassenden Netzöffnung z.B. wegen der nach Art. 82 EG geltenden „essential facility-doctrine“ nicht bereits verpflichtet wären und b) dass Länder mit vollzogener vollständiger Netzöffnung nicht dem zwischenstaatlichen Handel mit Eisenbahnverkehrsdienstleistungen bereits jetzt zuzuordnen wären und daher dem Beihilfebegriff aufgrund von Überleitung von Subventionen in den Betriebsbereich selbst bei Rücknahme der EG-weiten Marktöffnung nicht unterlägen.

## 2.5 Infrastrukturvernetzung

Mittels der Freistellung von der Notifikation nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) des Vorschlags wird auch der Betrieb von zusammenhängenden Infrastrukturnetzen gefördert. Denn nur solche staatlichen Unterstützungen sind von der vorherigen Notifikation freigestellt, die die Infrastrukturbereitstellung von Netzbestandteilen fördern. D.h. im Umkehrschluss, dass singuläre Infrastrukturen ohne Netzeffekt nicht bevorzugt werden (z.B. einzelne Magnetschwebbahnstrecke). Der Grund für diese Unterscheidung mag darin liegen, dass für eine „stand-alone“ Infrastruktur aufgrund hoher Marktzutrittschürden ein effektiver Netzzugang kaum möglich ist. Als weiteres Kriterium stellt Art. 6 Abs. 1 lit. a) die Bedingung auf, dass das Netz von der selben Person betrieben werden muss, wie der fragliche Infrastrukturbestandteil. Aus dem Vergleich mit anderen Sprachfassungen ergibt sich, dass hier unter „betreiben“ nicht die kaufmännische Verantwortung im Sinne von Art. 2 Satz 2 Verordnungsentwurf<sup>49</sup> sondern vielmehr die Zuweisung von Kapazitäten und andere Fragen des Infrastrukturzugangs gemeint sind. Damit wird auch der Netzgedanke der ersten Bedingung unterstrichen. Soll ein wirklicher Netzzugang bestehen, so muss der Infrastrukturbestandteil nicht nur physikalisch in ein Netz integriert sein, sondern der Zugang muss auch über den Markt als Netzzugang vergeben werden. Hierzu ist es m.E. nicht erforderlich, dass das Netz nur durchgängig von einer Stelle aus vermarktet wird. Vielmehr reicht es, dass unternehmerische Absprachen sicherstellen, dass ein Netzzugang erreicht werden kann. Vorbild sind hier beispielsweise die „one-Shops“ im Rahmen europäischer Freeways im Eisenbahngüterverkehr, die über mehrere Betreiber hinweg Trassen vermarkten. Dies kommt auch in der Neuregelung von Art. 3 lit. a) RL 91/440/EWG durch RL 2001/12/EG zum Ausdruck. Hiernach können „mit dem bei einem Netz oder Teilnetz wahrzunehmenden Aufgaben des Betriebs der Infrastruktur verschiedene Einrichtungen oder Unternehmen betraut werden“.

Das Kriterium der Vernetzung mag insgesamt nützlich sein, um die Koordinierung der Verkehrsträger durch allgemein zugängliche Infrastrukturnetze deutlich zu machen, einzelne

<sup>48</sup> Voraussetzung ist allerdings ein diskriminierungsfreies Preissystem.

<sup>49</sup> In der französischen Fassung wird unterschieden zwischen „gérer“ und „est exploité“. In der englischen Fassung wird jeweils „to manage“ verwendet, wobei dieser Begriff besonders ambivalent ist.

isolierte Infrastrukturen sind ja nicht ohne weiteres zugänglich, allerdings müsste auch eine Koordinierung durch Förderung einer nicht netzweit zugänglichen Infrastruktur möglich sein. Zum einen lässt sich auch hier der Zugang ermöglichen, wenngleich dies mit höheren Eintrittskosten verbunden sein mag, zum anderen ist das Betreiben auch einer isolierten Infrastruktureinrichtung im Hinblick auf eine Koordination verschiedener Verkehrsträger nützlich. Dies wird besonders an Punkt-zu-Punkt-Verbindungen deutlich, die ein hohes Aufkommen aufweisen.

## **2.6 Trennungsgebot**

*Wie bereits aus vielen Vorgängerregelungen (z.B. Art. 6 Abs. 1 RL 91/440/EWG<sup>50</sup>) bekannt und dies auch Gegenstand der Transparenzrichtlinie 80/723/EWG ist, fordert auch der neue Vorschlag in Art. 5 Abs. 1 die rechnungsmäßige Trennung der subventionierten Tätigkeiten von anderen kommerziellen Tätigkeiten, so dass eine Überzahlung durch die Beihilfen und damit eine Wettbewerbsverfälschung in anderen Sektoren weitest möglich ausgeschlossen werden kann.*

## **2.7 Keine Untergrabung der Nutzungsentgelte**

*Die erforderliche Infrastrukturunterstützung ist nach Art. 3 Abs. 2 des Vorschlags auf den Betrag begrenzt, der sich unter Berücksichtigung "aller zu dem Zeitpunkt, zu dem die Beihilfe gewährt wird, geltenden gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften über die Erhebung von Infrastrukturgebühren" ergibt. Dies soll einem Unterlaufen des Konzeptes der anteiligen Wegekostendeckung entgegenwirken (Begründungen Nr. 55 f.).*

## **2.8 Sonstige zuzulassende Infrastrukturbeihilfen**

*Auch die sektorspezifischen Regelungen beschäftigen sich mit der Zulassung von Infrastrukturbeihilfen und können wegen der Einheit des Gemeinschaftsrechts logischerweise nicht im Widerspruch zum Vorschlag KOM (2000) 5 endg. stehen. Während die Änderung zur VO (EWG) Nr. 91/440/EWG durch die RL 2001/12/EG weitgehend unverändert in Art. 7 Abs. 3 auf Art. 73 EG verweist<sup>51</sup>, erlaubt Art. 10 der RL 2001/14/EG zeitlich begrenzt die Förderung der Infrastrukturnutzung von Eisenbahnen. Diese Umsatzsubvention wirkt letztlich nicht anders als eine Beihilfe zur Senkung der Produktionskosten und ist daher als Infrastrukturbeihilfe anzusehen. Voraussetzung ist, dass die Unterstützung<sup>52</sup> nur vorübergehend gewährt wird und nur in dem Umfang gewährt wird, wie externe Kosten<sup>52</sup> bei anderen Verkehrsträgern nicht angelastet werden. Weiterhin gestattet Art. 22 Abs. 4 UA 3 RL 2001/14/EG die Gewährung von Ausgleichsbeträgen an Infrastrukturbetreiber für Mindereinnahmen aus der Bevorzugung volkswirtschaftlich erwünschter Verkehrsarten bei der Trassenvergabe überlasteter Streckenabschnitte.*

*Inhaltlich verlangt Art. 6 Abs. 2 und 3 RL 2001/14/EG, dass die Zahlungen an Infrastrukturbetreiber auf vertraglicher Grundlage von mindestens 3 Jahren gewährt werden und dem Infrastrukturbetreiber Anreize bieten zur Senkung der Kosten der*

<sup>50</sup> Die Regelung soll auch in der Änderung der RL 91/440/EWG durch die RL 2001/12/EG mit anderem Wortlaut aber gleichem Inhalt Bestand haben.

<sup>51</sup> Die zugewiesenen Mittel müssen im angemessenen Verhältnis zu der Größen, den Aufgaben und dem Finanzbedarf des Infrastrukturbetreibers stehen. Sie können insbesondere für Neuinvestitionen gewährt werden.

<sup>52</sup> Genannt werden Kosten für Umwelt, Unfälle und Infrastrukturbenutzung. Das Verfahren muss entsprechend transparent sein (Art. 10 Abs. 3 RL 2001/14/EG).

*Fahrwegunterhaltung und damit der Trassenpreise – bei voller Aufrechterhaltung der Sicherheit und Qualität.*

## **2.9 Bewertung des Konzeptes**

Nachfolgende Übersicht zeigt das Konzept der Kommission und eine erste rechtliche Bewertung dieses Konzept im Hinblick auf Primärrecht und das sonstige beihilfe- und wettbewerbsrechtliche Umfeld:

**Konzept der Kommission**

Beihilfe ist zulässig

- Es werden Infrastruktureinrichtungen unterstützt und
- Infrastruktur dient zum Befördern oder Umschlagen von Personen/Gütern und
- Infrastruktur steht allen Nutzern nach europäischen Regeln offen und
- Förderung untergräbt nicht europäisches System der Wegebenutzungsentgelte und
- Beihilfeanteil ist notwendig zur anteiligen Finanzierung und
- Keine Überleitung zum Betriebsbereich und getrennte Rechnungsführung und
- Keine dem Gemeinschaftsinteresse widersprechende Wettbewerbsverfälschung und
- Infrastruktur ist Bestandteil eines Netzes mit einheitlicher Vermarktung<sup>53</sup> und
- Infrastruktur wird vom Staat betrieben oder
- Infrastruktur wird von privaten oder öffentlichen Unternehmen betrieben, die in einem offenen und nicht diskriminierenden Ausschreibungsverfahren gefunden werden oder
- Infrastruktur wird von Unternehmen betrieben, ausnahmsweise nicht ausgeschlossen und Förderung ist notwendig wg. Marktinitiative Terminal, TEN oder Eisenbahninfrastrukturen.<sup>54</sup> oder
- Die Nutzung der Infrastruktur wird insoweit gefördert, wie konkurrierende Verkehrsträger keine externen Kosten tragen

**rechtliche Einschätzung**

Zutreffend (Konzept der Koordinierung durch Infrastruktur)

Sachlogische Eingrenzung des Infrastrukturbegriffs

Öffnung nur im europäischen Kontext nicht ausreichend zur Verhinderung von Überleitungsbeihilfen

Zutreffend (Beihilfe wäre sonst nicht notwendig zur Koordinierung)

Zutreffend (eine Überkompensation hat keine koordinierende Wirkung)

Zutreffend (wäre keine Koordinierung)

Unzulässig, da in Art. 73 EG nicht vorgesehen. In Wahrheit Ermessenstatbestand der Kommission intendiert

Kriterium in dieser Absolutheit unzulässig. Allerdings dokumentieren Netzeffekt und einheitliche Vermarktung Koordinierung

Kein zulässiges Kriterium, da auch Staat begünstigter Unternehmer sein kann

Zutreffend (vermeidet Begriff einer wettbewerbsverfälschenden Beihilfe)

Die Begründungen überzeugen nur im Hinblick auf Terminals, die nur aufgrund unternehmerischer Initiative errichtet werden. Die übrigen Kriterien notwendiger staatlicher Beihilfen sind ein unzulässiger Ermessensspielraum der Kommission.

- Eigenständiger Regelungstatbestand scheint überflüssig, soweit bereits die Kosten der Infrastrukturerstellung und –bewirtschaftung gefördert werden können.

<sup>53</sup> Dieses Kriterium ist nicht absolut formuliert. Im Rahmen des intendierten Kommissionsermessens scheinen ausnahmen zulässig zu sein.

<sup>54</sup> Vgl. Begründungen Nr. 47 bis 52 des Vorschlags

### **3. Die Zukunft der Abgeltungsfinanzierung**

*Die Abgeltungsfinanzierungen sollen, soweit sie Beihilfen nach Art. 73 und 87 EG darstellen können, abschließend in der neuen VO (EWG) Nr. 1191/69 = Vorschlag KOM (2000) 7 endg. festgelegt werden (Begründung Nr. 32). Die zulässige Abgeltung umfasst auch immer das notwendige Benutzungsentgelt für fremdgenutzte Infrastrukturen oder die als angemessen anerkannten Kosten der Eigenerstellung. Allerdings kann die Behörde auch die Infrastrukturkosten unmittelbar übernehmen, wie sich aus Art. 6 lit. b) Verordnungsvorschlag ergibt.*

*Der Vorschlag trifft zu der Zuordnung von Infrastruktur zu Betreibern, Behörden oder Dritten keine Aussage. Nur mittelbar beeinflusst Art. 5 KOM (2002) 107 endg. – zwingend vorgeschriebener Dienstleistungsauftrag - diese Schnittstelle. Hiernach ist ein Dienstleistungsauftrag dann zwingend vorgeschrieben, wenn Wirtschaftsgüter unter Marktwert zur Nutzung überlassen werden und so eine Art finanzieller Ausgleich geschaffen wird. Es wäre dann zu denken, ob nicht die Infrastrukturförderung zu einer Überlassung unter Marktwert führen würde. Allerdings ist zu beachten, dass das Konzept nach dem Vorschlag KOM (2000) 5 endg. auf das Bilden eines eigenständigen Infrastrukturbenutzungsmarktes abzielt, indem die Infrastrukturen grundsätzlich zu öffnen sind. Soweit die Preise durch Beihilfe gesenkt werden und diese nur den Grenzkosten entsprechen, so ist dies Ausdruck einer bestimmten (interventionistischen) Marktordnung, stellt aber keineswegs den Marktwert in Frage. Vielmehr würde ohne diese Vorgaben gar kein Nutzungsmarkt entstehen. Daher führt die Überlassung von geförderten Infrastruktureinrichtungen bei Preisen ohne volle Gesamtkostendeckung nicht zur Anwendung von Art. 5 des Vorschlags KOM (2002) 107 endg. Daher sind auch bei geförderten Infrastruktureinrichtungen marktinitiierte Verkehre, d.h. ohne Dienstleistungsauftrag unter Beachtung der anderen Bestimmungen ohne Vertrag (kein ausschließliches Recht, kein allgemeiner Ausgleich mit dem Wert von mehr als 20% des Umsatzes), weiterhin möglich.*

### **4. Bewertung**

Die vorgesehene Ausrichtung der zulässigen Koordinierungsbeihilfen auf die notwendige Infrastrukturfinanzierung erscheint in sich schlüssig. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Kopplung der Infrastrukturunterstützung mit Blick auf die zu harmonisierenden Wegeentgelte. Damit wird auch deutlich, dass die Koordinierung der Verkehrsträger durch Infrastrukturunterstützungen eine vorübergehende Aufgabe ist. Diese dynamische Ausrichtung wird auch dem Geist des Art. 73 EG im Kontext mit Art. 71 EG gerecht.

Weiterhin erscheint auch logisch, die nicht notwendigen Wettbewerbsverfälschungen einzudämmen, indem die Infrastrukturerstellung und –bewirtschaftung als solches im Wettbewerb vergeben wird und die Infrastruktur allen Nutzern diskriminierungsfrei zur Verfügung steht. Damit wird sichergestellt, dass die Infrastrukturförderung selbst nicht zu einer Überkompensation führt und damit den Betriebsbereich verzerren kann und dass durch Nutzungsmonopole nicht eine unverhältnismäßige Wettbewerbsbeschränkung eintritt, welche die koordinierende Funktion der Infrastrukturförderung gegenüber anderen Verkehrsträgern wieder zunichte machen könnte.

Zu kritisieren sind folgende Brüche in dem Konzept der Kommission:

a) Die Öffnung einer Infrastruktur kann sich nicht nur nach dem Minimalkonsens europäischer Liberalisierung bemessen. Vielmehr muss die Öffnung im Hinblick auf den Vertrag (Grundfreiheiten, unverhältnismäßige Wettbewerbsbeschränkung) gesehen werden.

Daher kann eine Netzöffnung nach den Minimalstandards im Eisenbahnbereich oder den fehlenden Standards im Straßenbahnbereich nicht ausreichen.

b) Die Netzeinbindung ist ein wichtiges Kriterium für die Beurteilung der möglichen koordinierenden Funktion einer Infrastrukturunterstützung. Das Kriterium erscheint aber nicht geeignet, notifizierungsbedürftige und nicht notifizierungsbedürftige Beihilfen zu unterscheiden.

c) Die unmittelbare Bereitstellung von Infrastrukturen durch Staaten schließt nicht die Gewährung von Beihilfen an Unternehmen in Form der Behörden und Staatsunternehmen aus. Vielmehr ist die Infrastrukturbereitstellung grundsätzlich eine wirtschaftliche Tätigkeit zugänglich. Die zunehmende Nutzerfinanzierung im Wegekostenkonzept der Kommission unterstreicht diesen wirtschaftlichen Sachverhalt.

d) Das Kriterium "keine dem Gemeinschaftsinteresse widersprechende Wettbewerbsverfälschung" ist als solches inkompatibel mit dem Konzept des Art. 73 EG als Legalausnahme von Art. 87 EG. Dieses ist zwar zugegebenermaßen ausfüllungsbedürftig, gleichwohl erlaubt es keinerlei Ermessen der Kommission, ganz im Gegensatz zu Art. 87 Abs. 3 EG. Dieser Unterschied darf nicht verwischt werden. Daher wäre es Aufgabe des gemeinschaftlichen Gesetzgebers im Rahmen von Art. 71 und 89 EG die Vorgaben des Art. 73 EG so zu konkretisieren, dass Art. 73 EG ohne weiteres anwendbar werden kann. Geeignetes Mittel hierzu wäre ein umfassender Katalog über notifizierungsbedürftige bzw. umgekehrt notifizierungsfreie Fördertatbestände im Bereich der Infrastruktur.

Die als mögliche Ausnahme von der Kommission genannten Fälle wie unternehmerisch zu erstellendes Terminal oder ausnahmsweise nicht ausschreibbare Infrastrukturen oder auch ggf. nicht geöffnete oder nicht ins Netz eingebundene Infrastrukturen wären für eine derartige Konkretisierung durchaus geeignet.