

Urteilsanmerkung zur Entscheidung des OVG Magdeburg

Das nicht rechtskräftige Urteil¹ hat bereits zu zahlreichen Reaktionen geführt². Im Kern geht es um die spätestens seit der Bahnreform ungelöste Frage, ob und inwieweit Zuschüsse im öffentlichen Personen-Nahverkehr (ÖPNV) im Wettbewerb zu vergeben sind³. Gegenstand ist hierbei das seit 1.1.1996 novellierte Personenbeförderungsrecht und das europäische Wettbewerbsrecht, insbesondere die Bestimmungen über Beihilfen nach Artt. 77, 92 ff. EGV. Überlagert wird es durch die Diskussion um die Neugestaltung des Marktrahmens im ÖPNV⁴.

1. Obiter dictum?

Zunächst wird bezweifelt, ob ein obiter dictum notwendig gewesen sei⁵. Streitgegenstand seien lediglich Betriebskostenzuschüsse in den neuen Bundesländern. Es bestünde kein Anlaß, alle Transferzahlungen außerhalb von Auferlegungen oder von wettbewerblichen Verkehrsverträgen nach Art. 92 EGV als unzulässige Beihilfen einzustufen. Damit würde die gesamte bisherige Finanzierung im öffentlichen Personen-Nahverkehr in Frage gestellt.

Dies kann dann insbesondere auch auf im Rahmen von Verkehrsverbänden gewährte „Ausgleichsbeträge für kooperationsbedingte Mindererträge und Mehrausgaben“ zutreffen. Diese will die Verwaltungsmeinung nicht der EG-VO entwerfen, da sie nach Art. 2 V EG-VO von dieser freigestellt sei⁶. Doch auch aus dem Urteil wird deutlich, daß „Beihilfen gleich welcher Art“ auch im ÖPNV zur Beachtung des EG-Rechts verpflichtet. Entscheidend ist nicht die Bezeichnung der Ausgleichs- und Ersatzbeträge und deren Einstufung als „freiwillige“ Zahlung von Eigentümern und Aufgabenträgern, sondern deren Wirkung auf den Markt.

2. Zum Beihilferegime

Weiterhin wird das Urteil wegen unzureichender Subsumtion des Beihilfebegriffs nach Art. 92 EGV angegriffen⁷. Es liege keine Handelsbeeinträchtigung vor, da Nahverkehrsleistungen regional begrenzt erbracht würden⁸. Ein internationaler Markt existiere wegen der fehlenden Zulassung der Kabotage im Bus-Linienverkehr nicht.

Im Urteil verweist das Gericht zunächst darauf, daß *alle* Transferzahlungen der öffentlichen Hand dem Beihilfebegriff unterfallen, sofern sie nicht für eine marktmäßige Gegenleistung gewährt werden. Eine solche ist immer dann zu sehen, wenn ein Marktpreis erzielt wird. Dieser ist entsprechend dem öffentlichen Preisrecht dann

¹ Die Revision ist nicht zugelassen. Beschwerde beim BVerwG ist allerdings eingelegt.

² Zustimmung: *Barth*, ZUR 1998 215 ff.; ablehnend *Metz*, Ein „Bosman“-Urteil gegen Kommunen und Verkehrsunternehmen, Bus und Bahn 7-8/98 S. 2 f.

³ Vgl. hierzu *Fromm/Sellmann*, Personenbeförderungsrecht, 2. Aufl., § 8 RNr 11 f.; *Zuck*, Eigenwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen und geringste Kosten für die Allgemeinheit, DÖV 1994, 941 ff.

⁴ Mitteilung der Kommission, Die Entwicklung des Bürgernetz, vom 29.11.95, KOM (95) 601, unter 2.3.6.

⁵ *Metz*, aaO, S. 2.

⁶ *Bund-Länder Fachausschuß Straßenpersonenverkehr*, Genehmigungsverfahren für Linienverkehre, Der Nahverkehr 6/97 S. 8, 12.

⁷ O.V., *VDV (Hrsg.)*, Unter welchen Voraussetzungen sind Betriebskostenzuschüsse an Nahverkehrsunternehmen zulässig?, Bus und Bahn 7-8/98 S. 3, 4.

⁸ *Metz*, in *Kolks (Hrsg.)*, Verkehrswesen in der kommunalen Praxis, Bd II, S. 362.

erzielt, wenn die Leistung wettbewerblich vergeben wurde (vgl. § 4 VO PR 30/53⁹). Kein Marktpreis liegt wiederum dem Subventionsrecht zu Grunde, daher ist dieses mit entsprechenden Nachweisen der zweckentsprechenden und sparsamen Mittelverwendung des Zuwendungsempfängers verbunden (§ 44 I BHO und die hierzu ergangene vorläufigen Verwaltungsvorschrift¹⁰). Von einem im Wettbewerb zu erzielenden Marktpreis geht auch § 1 II 1 GKVO¹¹ aus, wenn er den Nachweis der geringsten Kosten für die Allgemeinheit bei gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen verlangt.

Die Wettbewerbsverfälschung sieht das Gericht in Begünstigungen, die nicht jedem Unternehmen unter gleichen Voraussetzungen zugänglich sind. Verwiesen wird hierbei z.B. auf gesetzliche Erstattungsansprüche¹². Genau dies trifft aber auf die hier in Frage stehenden allgemeinen ÖPNV-Zuschüsse nicht zu. Denn diese werden nicht jedem Unternehmen in gleicher Weise angeboten, sondern werden in Folge erteilter Konzessionen¹³ gewährt. Damit ist das allgemeine Kriterium der Selektivität¹⁴ der Beihilfe, der Begünstigung eines einzelnen Unternehmens, erfüllt. Hierdurch wird der unverfälschte Wettbewerb gestört; dieser ist zu sehen im Zugang zum Markt der Personenbeförderungsleistungen, sei es mit oder ohne staatlicher Kofinanzierung.

Auf die Subsumtion des Merkmals „soweit sie den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen“ konnte das Gericht zu Recht verzichten. Da die Beihilfen die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung im ÖPNV bezwecken, ist die Freistellung des Art. 77 EGV einschlägig¹⁵. Hiernach sind Abgeltungsbeihilfen mit dem EGV vereinbar. In den VO 1107/70¹⁶ und 1191/69¹⁷ ist der Art. 77 EGV vollständig ausgefüllt (Art. 3 Satz 1 VO 1107/70)¹⁸. Demnach ist es konsequent, daß das Gericht zunächst die Vereinbarkeit der gewählten Beihilfen mit den sektorspezifischen Beihilferegime prüft und zu Recht verneint. Die Unzulässigkeit der Finanzierungsformen ergibt sich aus der Nichteinhaltung der VO 1191/69 und VO 1107/70, im übrigen auch wegen der fehlenden Notifizierung nach Art. 93 III 1 EGV¹⁹, auf den Art. 2 VO 1107/70 ausdrücklich verweist. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist das Notifizierungsver-

⁹ Hierzu Urteil des OLG Celle vom 6.11.1964, wiedergegeben in *Daub*, VPÖA, 8. Aufl. unter III 4a).

¹⁰ Z.B. Vorl. VV zur BHO i.d.F. 21.5.1973 (MinBIFin. S. 190), zuletzt geändert **31.8.1995 (GMBl. S. 762)**.

¹¹ Verordnung zur Anwendung von §13a Abs. 1 Satz 3 des PBefG vom 15.12.1995, BGBl. I S. 1705.

¹² Vgl. auch *Berschin*, Europäisches Recht der Finanzierung des ÖPNV bringt Wettbewerb um die Subventionen, ZUR 1997 4 ff., 5.

¹³ Aufgrund des Besitzstandsschutzes nach § 13 III PBefG werden hierbei die Konzessionen als „Großvaterrechte“ betrachtet, so daß auch bei der Neuvergabe von Konzessionen kein Wettbewerb um den geringeren Zuwendungsbedarf bisher stattfindet.

¹⁴ *Müller-Graff*, Die Erscheinungsformen der Wirtschaftssubventionen aus wirtschaftsrechtlicher Sicht, ZHR 1988, S. 403, 428 ff. m.w.N.

¹⁵ Vgl. auch die ausdrückliche Nichtgeltung des allgemeinen Beihilferegimes für die sektorspezifischen Abgeltungsbeihilfen. Z.B. Mitteilung der Kommission über „de-minimis Beihilfen“ vom ABI. C. 68 vom 6.3.1996, S. 6, 9.

¹⁶ ABI. L 130 S: 1, zuletzt geändert durch VO 543/97 ABI. L 84 S. 6.

¹⁷ ABI. L 156 S. 1, zuletzt geändert durch VO 1893/91 ABI. L 169 S. 1.

¹⁸ *Werner*, Nach der Regionalisierung - der Nahverkehr im Wettbewerb, S. 40; Handbuch des europäischen Rechts, Groeben et al. (Hsg)-*Erdmenger* Art. 77 RNr 14.

¹⁹ Die Kommission hat angekündigt, auch zukünftig alle formell rechtswidrigen Beihilfen zurückzufordern. Mitteilung vom 24.11.1983 ABI C 318 S. 3f.

fahren Voraussetzung dafür, daß Wettbewerbsverfälschung und Auswirkung auf den zwischenstaatlichen Handel geprüft werden kann²⁰.

Doch auch unter Außerachtlassung der formellen Rechtswidrigkeit sind die Beihilfen auch wegen Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel unzulässig. Es reicht nämlich, daß durch die gewährte Beihilfe der Marktzutritt ausländischer Dienstleistungserbringer erschwert wird²¹. Zwar gewährt ihnen die Kabotage, d.h. innerstaatliche Leistungserbringung aufgrund ausländischer Genehmigungen, keinen Marktzutritt²², jedoch können sich ausländische Unternehmen - sei es mit Niederlassung oder auch ohne Niederlassung - um Genehmigungen nach dem deutschen Personenbeförderungsgesetz bewerben. Aufgrund der gewährten Beihilfen werden ihre Chancen erheblich verkürzt. Der praktizierte Ausschreibungswettbewerb um Subunternehmerleistungen von ÖPNV-Betrieben, sowie die allgemein verbreitete Furcht vor ausländischer Konkurrenz belegen eindrücklich, daß der ÖPNV-Markt ein internationaler und mithin grenzüberschreitender Markt ist²³.

3. EG-Recht nur teilweise anwendbar?

Weiterhin wird eingewandt, die EG-VO 1191/69 sei nur teilweise anwendbar, da sie in Art. 1 I UA 2 eine Bereichsausnahme zulasse²⁴. Nach § 8 IV PBefG eigenwirtschaftliche Verkehre sollen gar nicht der EG-VO unterfallen²⁵. Es würden die guten Gründe des Gesetzgebers in § 8 IV PBefG ignoriert²⁶, denn der Unternehmer habe ein Wahlrecht²⁷ bezüglich eigenwirtschaftliche Konzessionierung oder einer wettbewerblichen gemeinwirtschaftlichen Konzessionierung²⁸.

Diese Argumentation ist allerdings bereits wegen Art. 3 Nr. 3 VO 1107/70 nicht stichhaltig. Denn selbst wenn von der Bereichsausnahme für bestimmte Unternehmen Gebrauch gemacht würde, so bedeutet dies nur, daß die speziellen Abgeltungsregeln der VO 1191/69 keine Anwendung, aber das Beihilferegime des Art. 77 EGV und der VO 1107/70 Anwendung findet; d.h. auch hiernach sind Beihilfen nur zur Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen zulässig. Hierzu ist Art und Umfang dieser Leistung und deren Ausgleich festzulegen.

Da aber in Deutschland seit 31.12.1995 von der Bereichsausnahme kein Gebrauch mehr gemacht wird²⁹, ist die angesprochene Ausnahmemöglichkeit hinfällig³⁰. Ein mögliches Wahlrecht der Unternehmen mit Beihilfezahlungen („herkömmliche Einnahmeformen“) außerhalb der VO 1191/69 einen eigenwirtschaftlichen und damit bestandsgeschützten Verkehr genehmigen zu lassen, kann es daher nicht geben.

²⁰ EuGH 13.3.1985 Slg S. 809, 824 f.; vgl. auch *Schernthanner*, Das materielle Beihilfeaufsichtsrecht nach dem EWG-Vertrag, S. 106 f.

²¹ EuGH 21.3.1991, Slg I-1433, 1477; 21.3.1990, Slg S. I-959, 1015; 17.9.1980 Slg S. 2671, 2688 f.

²² Art. 3 III VO 12/98 (ABl. L 4 S. 10).

²³ A.A. *Eiermann* in Kunz (Hrsg.), Eisenbahnrecht, C Nr. 2.

²⁴ *Metz*, aaO, S. 2 f.

²⁵ O.V., *VDV (Hrsg.)*, aaO S. 5.

²⁶ *Metz*, aaO, S. 361.

²⁷ Dieses Wahlrecht wird an Anschluß an die Gesetzesbegründung in BT DS 12/6269 S. 144 gesehen. Z.B. *Zeiselmeier*, Die Novelle zum PBefG, Der Nahverkehr 11/96 S. 8, 11.

²⁸ O.V., *VDV (Hrsg.)*, aaO S. 5.

²⁹ Vgl. Enddatum des § 3 der VO zur Festlegung des Anwendungsbereichs der VO (EWG) 1191/69 i.d.F. 1893/91 vom 31.7.1992 (BGBl. I S. 1442) i.d.F. Änd-VO vom 19.11.1994 (BGBl. I S. 3630) aufgrund von § 57 I Nr 1 PBefG.

³⁰ *Berschlin*, aaO, S. 7; *Werner*, aaO, S. 45.

Alle Abgeltungsbeihilfen im Interesse einer Versorgung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen sind der VO 1191/69 zu unterwerfen. Dies hat das Gericht zu Recht vorausgesetzt.

4. Antrag auf eigenwirtschaftliche Verkehre

Gleiches gilt auch im Hinblick auf eine Aufteilung der Verkehrsleistung in einen eigenwirtschaftlichen Kern und einen gesondert zu konzessionierenden Zusatzverkehr³¹. Der Unternehmer kann eine Linie nicht derart aufspalten, da das PBefG eine befriedigende Bedienung *einer* Linie voraussetzt (§ 13 II Nr 2a). Kann die nach dem öffentlichen Interessen zu bestimmende Verkehrsbedienung nicht durch den Beihilfe-freien Antrag eines Unternehmens erreicht werden, so tritt zur Sicherstellung dieser dann ausreichenden Verkehrsbedienung³² die Gewährleistungsverantwortung des Aufgabenträgers, der sich einer Vereinbarung oder Auferlegung gemäß § 13a PBefG zu bedienen hat. Daher ist die Ausführung des Gerichts „mit dem Genehmigungsantrag war die Durchführung eines (gemeinwirtschaftlichen) Verkehrs beabsichtigt“ zutreffend. Der im öffentlichen Interesse notwendige Verkehr konnte nur durch spezifische Zahlungen des Aufgabenträgers (Landkreis) sichergestellt werden. Zu Recht konnte das Gericht davon ausgehen, daß alle zu finanzierenden Leistungen zur ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehren unerlässlich sind³³.

5. Zusammenfassung

Durch die Nichtbeachtung europäischen Wettbewerbsrecht ist im vorliegenden Fall ein konkurrierendes Unternehmen um die Chance gebracht worden, in den Markt einzutreten. Die Aufgabenträger des ÖPNV hätten die aus Gründen der Daseinsvorsorge notwendige ausreichende Verkehrsbedienung im Wege der Auferlegung oder bevorzugt durch wettbewerbliche Vergabe der Transferzahlungen sicherstellen müssen. Der bisherige Weg von pauschalen und regelmäßig undifferenzierten Defizitabdeckungen im ÖPNV auf der Basis von Großvaterrechten ist aufgrund des vorliegenden Urteils nicht (mehr) zulässig. Da vielfach Genehmigungsbehörden die Eigenwirtschaftlichkeit von Verkehren nicht von Amts wegen geprüft haben, könnte eine Reihe seit 1996 erteilter Genehmigungen rechtswidrig sein. Hier ist alsbaldige Klärung zu wünschen.

³¹ *Batzill/Zuck*, Personenbeförderungsrecht im Spannungsfeld von Bahnstrukturreform, PBefG-Novelle, ÖPNV-Recht der Länder und EG-Recht, S. 59, 61

³² Ausreichend meint „im öffentlichen Interesse angemessen“; *Werner*, Die Verantwortung der öffentlichen Hand für das Verkehrsleistungsangebot, ZUR 1997, 12 ff., 13

³³ Dies wird offensichtlich von *o. V.*, VDV (Hrsg.), aaO, S. 5 in Frage gestellt. Hintergrund ist der Gedanke von sogenannten Luxusverkehren, die über eine ausreichende Bedienung hinausgehen: *Zeiselmeier*, aaO S. 14; *Muthesius*, Genehmigungsverfahren für Linienverkehre des ÖPNV, Der Nahverkehr 6 ff., 7; da aber diese Verkehre keinen öffentlichen Zweck erfüllen - sie sind nicht zur ausreichenden Bedienung notwendig - sind derartige Finanzierungen unzulässig, vgl. *Werner*, aaO S. 162