

Beihilfekonforme Förderung des ÖPNV durch Aufgabenträger in NRW

Handreichung

Handreichung

Beihilfekonforme Förderung des ÖPNV durch Aufgabenträger in Nordrhein-Westfalen

Förderung von Bus-Verkehrsunternehmen
auf der Grundlage von § 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW

Bearbeitet von

- Jörg Niemann, Dipl.-Jurist, Leiter Kompetenz-Center Verkehr, Rödl & Partner
- Jan-Volkert Schmitz, Rechtsanwalt, Rödl & Partner
- Prof. Dr. jur. Andreas Saxinger; Rödl & Partner

© Städtetag Nordrhein-Westfalen, Köln, 2009.

Alle Rechte vorbehalten. Printed in Germany

Inhaltsverzeichnis

Vorwort

Einleitung	7
I. Teil: Ausgangssituation	8
II. Teil: Verwendungsmöglichkeiten der ÖPNV-Pauschale in § 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW nach geltendem und zukünftigem Recht	9
A. Verwendung der Förderpauschale gemäß § 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW nach geltendem Recht	9
B. Verwendung der Förderpauschale gemäß § 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW nach zukünftigem Recht (Verordnung (EG) Nr. 1370/2007)	14
III. Teil: Handlungsrahmen und Entwicklung eigener Handlungsoptionen für Aufgabenträger	18
A. Handlungsoptionen und Verfahrensvorschläge zur aktuellen Rechtslage	18
B. Handlungsoptionen und Verfahrensvorschläge zur zukünftigen Rechtslage	28
IV. Teil: Praxis-Leitfaden für die Abfassung der Förderrichtlinie	33
A. Definition der Förderziele und Förderkriterien	33
B. Beschluss des Kreistages über Fördersatzung/Ansatz im Haushaltsplan	33
C. Inhalt und Ausbau der Förderrichtlinie	34
D. Ausreichung der Mittel durch Zuwendungsbescheid	38

Vorwort

Mit der Änderung des ÖPNV-Gesetzes (ÖPNVG) NRW zum 1. Januar 2008 wurden die Förderung des ÖPNV pauschaliert, die Anzahl der Fördertöpfe reduziert und Aufgaben teilweise auf die Ebene der Zweckverbände übertragen. Neuland wurde im ÖPNVG NRW auch mit der Übertragung der Zuständigkeit für die allgemeine Investitionsförderung im ÖPNV auf die Kooperationsräume betreten. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie diese ihrerseits für eine rechtssichere Mittelverwendung Sorge tragen können. Eine bloße Fortführung – beispielsweise der bisherigen Fahrzeugförderpraxis – dürfte spätestens mit Inkrafttreten der neuen ÖPNV-Verordnung Nr. 1370/2007 der EU zum 3.12.2009 nicht mehr zulässig sein.

Die wichtigste Frage, die es hierbei zu klären gilt, ist die Vereinbarkeit der unternehmensbezogenen Fördertatbestände: etwa der Fahrzeugförderung mit dem Beihilfeverbot gemäß Art. 87 des EG-Vertrags (EGV). Bei der Weiterleitung der bisherigen Mittel für die Fahrzeugförderung bzw. der bisherigen Aufgabenträgerpauschale und ab 2011 auch der Ausgleichsleistungen für die rabattierte Schüler- und Auszubildendenbeförderung an die Verkehrsunternehmen ist daher darauf zu achten, dass alle rechtlichen Rahmenbedingungen erfüllt sind. Das Fehlen auch nur einer einzigen Fördervoraussetzung würde zur Unzulässigkeit der gesamten Förderung führen und könnte letztlich die Rückzahlung der unberechtigt erhaltenen Finanzmittel durch die betroffenen Unternehmen erfordern. Die Kommunen als Aufgabenträger sind daher gehalten, strengstens auf die Einhaltung der Beihilfebestimmungen zu achten, auch um sich nicht dem Risiko von Schadensersatzzahlungen auszusetzen.

Mit der Pauschalierung wesentlicher Teile der ÖPNV-Infrastrukturkostenförderung in den Händen der Aufgabenträger hat der Landesgesetzgeber einen richtigen Weg beschritten. Die Kommunen sind sich ihrer Verantwortung für eine beihilfekonforme Weiterleitung der Mittel bewusst. Deshalb beteiligt sich der Städtetag Nordrhein-Westfalen gemeinsam mit den anderen kommunalen Spitzenverbänden sowie Vertretern des Verkehrsgewerbes und der Verbände in Nordrhein-Westfalen unter Moderation des Ministeriums für Bauen und Verkehr aktiv an Überlegungen, wie die bisherige Fahrzeugförderung auch nach Inkrafttreten der neuen ÖPNV-Verordnung zum 3. Dezember 2009 und der hoffentlich bis zu diesem Zeitpunkt erfolgten Novellierung des PBefG rechtssicher und beihilfekonform ausgestaltet werden kann.

Mit der vorliegenden Handreichung von Rödl & Partner sollen daher Möglichkeiten aufgezeigt werden, wie auch künftig eine EU-konforme Förderung des straßengebundenen ÖPNV in NRW möglich ist. Damit sollen zugleich Bedenken ausgeräumt werden, die Aufgabenträger würden diese Mittel nicht für Zwecke des ÖPNV einsetzen. Im Gegenteil: Aufgrund der Pauschalierung werden die Kommunen die zur Verfügung stehenden Mittel in Zukunft noch zielgerichteter zur Förderung des straßengebundenen ÖPNV einsetzen können. Schließlich tragen sie die rechtliche, politische und vielfach auch wirtschaftliche Verantwortung für die Sicherstellung eines guten Angebots im öffentlichen Nahverkehr.



Folkert Kiepe
Beigeordneter des Deutschen Städtetages
für Stadtentwicklung, Bauen, Wohnen und Verkehr

Einleitung

Die Übertragung von Fördermitteln auf die Aufgabenträger ist seit Jahren eine politische Forderung der kommunalen Spitzenverbände und ihrer Mitglieder: „Aufgaben- und Ausgabenverantwortung in einer Hand“ so lautet die politisch griffige Formulierung.

Mit der Übertragung ehemals bundes- und/oder landeseigener Mittel auf die Aufgabenträger geht aber auch die Verpflichtung einher, diese sachgerecht und beihilfekonform zu verwenden. Fehler in der rechtlichen Ausgestaltung hätten die Verkehrsunternehmen zu tragen, die ggf. mit Rückzahlungen erhaltender Fördermittel rechnen müssten. Mit der erweiterten kommunalen Möglichkeit zur Gestaltung durch Finanzierung ist daher auch eine neue Verantwortung verbunden.

Um den Aufgabenträgern in Nordrhein-Westfalen bei der Erfüllung der erweiterten Gestaltungsmöglichkeiten konkrete Hilfestellungen bei der Entwicklung und Abfassung beihilfekonformer Finanzierungsinstrumente zu geben, wurde aus mehreren Untersuchungen von Rödl & Partner die vorliegende Handreichung zusammengestellt.

Die Darstellung gliedert sich in eine Kurzdarstellung der Ausgangssituation (Teil I.), eine Einordnung des § 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW als Rechtsgrundlage für die ÖPNV-Pauschale im geltenden und zukünftigen Recht, die sich mit den grundsätzlichen Verwendungsmöglichkeiten der ÖPNV-Pauschale befasst (Teil II) und einer Darstellung konkreter Handlungsoptionen für den Aufgabenträger (Teil III).

Die Teile I.-III. bilden dabei die Basis des eigentlichen Praxis-Leitfadens für die Abfassung der Förderrichtlinie (Teil IV.). Dieser Teil ist auf die kommunale Anwendungspraxis ausgerichtet, der als Handreichung und Nachschlagewerk Verwendung finden kann.

Wer sich umfassend über Herleitung und Hintergrund der Förderpauschale sowie der abzufassenden Richtlinie informieren möchte, dem sei die Lektüre der Teile I.-III. nahegelegt.

*Jörg Niemann
Kompetenz-Center Verkehr
Rödl & Partner*

I. Teil: Ausgangssituation

Der Landtag des Landes Nordrhein-Westfalen hat im Jahr 2007 das Gesetz zur Änderung des Gesetzes über den öffentlichen Personennahverkehr in Nordrhein-Westfalen (ÖPNVG NRW) beschlossen. Die Gesetzesänderung trat mit Wirkung zum 01.01.2008 in Kraft. Sie führte zu einer Bündelung der Aufgabenträgerschaft für den Schienenpersonennahverkehr (SPNV) und der Förderzuständigkeiten für Investitionen bei drei kommunal verfassten Organisationen. Zugleich wurde die Förderung des ÖPNV pauschaliert und der kommunalen Ebene zugewiesen. Ziel ist eine größere Flexibilisierung der Förderung.

§ 10 Abs. 1 ÖPNVG NRW in der ab 01.01.2008 geltenden Fassung (im Folgenden bezeichnet auch als „neue Fassung“ - „n.F.“) sieht vor, dass das Land Nordrhein-Westfalen in vier verschiedenen Fällen Pauschalen und Zuwendungen gewährt, und zwar zur allgemeinen Förderung der Betriebskosten im ÖPNV (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 11 ÖPNVG NRW),

- zur allgemeinen Förderung von Investitionen im ÖPNV (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 12 ÖPNVG NRW),
- für ÖPNV-Investitionen im besonderen Landesinteresse (§ 10 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 13 ÖPNVG NRW) und
- für sonstige Zwecke des ÖPNV (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 14 ÖPNVG NRW).

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist eine Überprüfung der Rahmenbedingungen der allgemeinen Förderung der Betriebskosten im ÖPNV (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 11 ÖPNVG NRW), die durch eine sog. „ÖPNV-Pauschale“ erfolgt. Hinsichtlich der ÖPNV-Pauschale unterscheidet § 11 ÖPNVG NRW zwischen einer Pauschale in Höhe von 800 Mio. EUR pro Jahr, die den drei neuen Zweckverbänden insbesondere für die Sicherstellung eines bedarfsgerechten SPNV-Angebots gewährt wird (§ 11 Abs. 1 ÖPNVG NRW) und einer Pauschale in Höhe von 110 Mio. EUR pro Jahr, die den ÖPNV-Aufgabenträgern für Zwecke des ÖPNV zur Verfügung gestellt wird (§ 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW). Einer vertiefenden Prüfung wird im Folgenden lediglich der in § 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW geregelte Teil der ÖPNV-Pauschale in Höhe von 110 Mio. EUR pro Jahr unterzogen.

Die nach § 11 Abs. 2 Satz 1 ÖPNVG NRW in den Jahren 2008 bis 2010 den ÖPNV-Aufgabenträgern zustehenden 110 Mio. EUR pro Jahr werden nach einem in § 11 Abs. 2 Sätze 2 und 3 ÖPNVG NRW näher beschriebenen Aufteilungsmodus an die einzelnen Kreise verteilt. Die Pauschalen werden - wie in § 11 Abs. 3 Satz 1 ÖPNVG NRW geregelt - am 15. eines jeden Monats in zwölf gleichen Teilbeträgen an den Kreis ausbezahlt. Von diesem Betrag insgesamt sind nach § 11 Abs. 2 Satz 5 ÖPNVG NRW mindestens 80 % an öffentliche und private Verkehrsunternehmen für Zwecke des ÖPNV mit Ausnahme des SPNV weiterzuleiten.

Der darüber hinausgehende Teil in Höhe von maximal 20 % ist vom Kreis für Zwecke des ÖPNV zu verwenden oder hierfür von ihr an öffentliche und private Verkehrsunternehmen, Gemeinden, Zweckverbände, Eisenbahnunternehmen oder juristische Personen des privaten Rechts, die Zwecke des ÖPNV verfolgen, weiterzuleiten.

Der nach § 11 Abs. 2 Satz 1 ÖPNVG NRW n.F. in den Jahren 2008 bis 2010 den ÖPNV-Aufgabenträgern zustehende Gesamtbetrag in Höhe von 110 Mio. EUR pro Jahr lehnt sich der Höhe nach an die Fahrzeugförderung gemäß § 13 ÖPNVG NRW in der bis 31.12.2007 gültigen Fassung (im Folgenden auch bezeichnet als „alte Fassung“ - „a.F.“) und die Aufgabenträgerpauschale (§ 14 Abs. 2 ÖPNVG NRW a.F.) an. Inhaltlich ist es aber gegenüber der alten Rechtslage zu Veränderungen gekommen.

II. Teil: Verwendungsmöglichkeiten der ÖPNV-Pauschale in § 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW nach geltendem und zukünftigem Recht

A. Verwendung der Förderpauschale gemäß § 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW nach geltendem Recht

I. Die beiden Zuwendungsverhältnisse

Zu unterscheiden ist das primäre Zuwendungsverhältnis zwischen Land und dem Aufgabenträger vom sekundären Zuwendungsverhältnis zwischen Aufgabenträger und dem Verkehrsunternehmen, welches die Zuwendung erhält.

1. Das primäre Zuwendungsverhältnis

§ 10 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 11 Abs. 2 bis 5 ÖPNVG NRW enthalten Regelungen für das Zuwendungsverhältnis zwischen dem Land Nordrhein-Westfalen als Zuwendungsgeber und den ÖPNV-Aufgabenträgern, die in § 3 Abs. 1 Satz 1 ÖPNVG NRW näher definiert werden, als Zuwendungsempfängern (primäres Zuwendungsverhältnis). Dies betrifft die Gesamthöhe der ÖPNV-Pauschale (§ 11 Abs. 2 Sätze 1 und 4 ÖPNVG NRW), die Verteilung der Pauschale auf die einzelnen Aufgabenträger (§ 11 Abs. 2 Sätze 2 und 3, Abs. 5 ÖPNVG NRW), den Verwendungszweck und -nachweis der ÖPNV-Pauschale (§ 11 Abs. 2 Satz 5, Abs. 3, Sätze 2 und 3, Abs. 4 Sätze 1 und 3 ÖPNVG), die Auszahlungsmodalitäten (§ 11 Abs. 3 Satz 1 ÖPNVG NRW) und die Verpflichtung zur Erstattung (§ 11 Abs. 4 Satz 2 ÖPNVG NRW).

§ 10 Abs. 3 ÖPNVG NRW statuiert, dass die bundesgesetzlichen Ausgleichsleistungen im Ausbildungsverkehr nach § 45a PBefG und § 6a AEG ab dem Jahr 2011 durch die ÖPNV-Pauschale nach § 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW ersetzt werden. Damit wird sich die ÖPNV-Pauschale ab 2011 von 110 Mio. EUR pro Jahr auf 210 Mio. EUR in 2011 und 240 Mio. EUR pro Jahr ab 2012 erhöhen (vgl. § 11 Abs. 2 Satz 4 ÖPNVG NRW). Für das Jahr 2008 spielt dieser Umstand noch keine Rolle.

Zeitgleich zum Gesetz am 01.01.2008 in Kraft sind die als VV-ÖPNVG NRW bezeichneten Verwaltungsvorschriften, die der Konkretisierung der gesetzlichen Regelungen des ÖPNVG NRW dienen. Sie enthalten u.a. Bestimmungen zur ÖPNV-Pauschale gemäß § 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW. Den VV-ÖPNVG NRW sind außerdem als Anlagen bestimmte Muster beigelegt. Für die ÖPNV-Pauschale nach § 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW ist die Anlage 2 einschlägig, die einen Musterbescheid für die Gewährung der ÖPNV-Pauschale nach § 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW an die Aufgabenträger enthält.

In § 15 Abs. 1 ÖPNVG NRW wird festgelegt, dass für die ÖPNV-Pauschale die Bezirksregierungen die Bewilligungsbehörden sind. Für den Aufgabenträger ist das die Genehmigungsbehörde.

§ 16 Abs. 7 Satz 1 ÖPNVG NRW stellt schließlich klar, dass die Verwendung der ÖPNV-Pauschale des § 11 Abs. 2 der Kontrolle durch den Landesrechnungshof unterliegt.

2. Das sekundäre Zuwendungsverhältnis

Die Mittel, die die Aufgabenträger im Rahmen der ÖPNV-Pauschale vom Land erhalten, sind zum größten Teil nicht für die Aufgabenträger selbst bestimmt, sondern von diesen an Dritte weiterzuleiten (sekundäres Zuwendungsverhältnis).

Auch für das sekundäre Zuwendungsverhältnis finden sich gesetzliche Regelungen in § 11 Abs. 2 Satz 5, Abs. 3 Sätze 2 und 3 und § 16 Abs. 7 Satz 2 ÖPNVG NRW. Diese sind weniger intensiv als die o.g. für das primäre Zuwendungsverhältnis.

Die zentrale gesetzliche Bestimmung für das sekundäre Zuwendungsverhältnis stellt § 11 Abs. 2 Satz 5 ÖPNVG NRW dar. Dort wird gefordert, dass mindestens 80 % der Fördermittel vom ÖPNV-Aufgabenträger an öffentliche und private Verkehrsunternehmen für Zwecke des ÖPNV mit Ausnahme des SPNV weiterzuleiten sind (im Folgenden auch bezeichnet als „80 % - Mittel“). Auch hinsichtlich des darüber hinausgehenden Teils in Höhe von maximal 20 % (im Folgenden auch bezeichnet als „20 % - Mittel“) bestehen gesetzliche Bindungen, die jedoch weniger streng sind. Hier ist eine Verwendung für Zwecke des ÖPNV (also einschließlich des SPNV) vorgeschrieben. Der Kreis der Empfänger ist ebenfalls weiter gefasst. Neben öffentlichen und privaten Verkehrsunternehmen können auch Gemeinden, Zweckverbände, Eisenbahnunternehmen oder juristische Personen des privaten Rechts, die Zwecke des ÖPNV verfolgen, Zuwendungsempfänger sein.

Eine weitere wichtige Regelung für das sekundäre Zuwendungsverhältnis findet sich in § 11 Abs. 3 Satz 2 ÖPNVG NRW. Bei der Weiterleitung der ÖPNV-Pauschale hat der Kreis seine haushaltsrechtlichen Bindungen sowie sonstige gesetzliche Bestimmungen zu beachten. Zu den sonstigen gesetzlichen Bestimmungen gehören neben dem ÖPNVG NRW sämtliche europa-, bundes- und landesrechtlichen Vorschriften. Eine Weiterleitung der ÖPNV-Pauschale an Dritte muss daher in Einklang mit Europarecht, Bundesrecht, Landesrecht und den haushaltsrechtlichen Bestimmungen stehen.

Die ergänzende Regelung des § 11 Abs. 3 Satz 3 ÖPNVG NRW will Doppelförderungen nach § 11 einerseits und §§ 12 und 13 ÖPNVG NRW andererseits vermeiden. Daher dürfen die Mittel aus der ÖPNV-Pauschale, die nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 ÖPNVG NRW der allgemeinen Förderung der Betriebskosten im ÖPNV dienen, nicht als Eigenanteil im Rahmen der Investitionsförderungen nach den §§ 12 und 13 ÖPNVG NRW verwendet werden.

§ 16 Abs. 7 Satz 2 ÖPNVG NRW stellt schließlich klar, dass der Landesrechnungshof die ordnungsgemäße Verwendung der Mittel aus der ÖPNV-Pauschale auch bei Dritten, die außerhalb des Bereichs der öffentlichen Hand stehen, und an die die Mittel im sekundären Zuwendungsverhältnis weitergeleitet worden sind, prüfen darf.

Zum sekundären Zuwendungsverhältnis finden sich in den Verwaltungsvorschriften zum ÖPNVG NRW keine konkretisierenden Bestimmungen. In Anlage 2 der VV-ÖPNVG NRW ist lediglich ein Musterbescheid für das primäre Zuwendungsverhältnis enthalten. Der Gesetzgeber spricht in § 11 Abs. 2 Satz 5 ÖPNVG NRW von einer Weiterleitung der Fördermittel an die Zuwendungsempfänger. Wie diese Weiterleitung rechtlich ausgestaltet werden kann, bleibt offen. Daraus kann geschlossen werden, dass die Aufgabenträger bei Weiterleitung der Mittel an die Zuwendungsempfänger neben einem einseitig erlassenen Zuwendungsbescheid auch auf andere Ausgestaltungsmöglichkeiten wie öffentlich-rechtliche Verträge, Verkehrsverträge oder sonstige zivilrechtliche Verträge zurückgreifen dürfen. Der Abschluss von Verkehrsverträgen könnte beispielsweise bei Ausschreibungen von gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen im Rahmen von Linienbündelungen in Betracht kommen. Unabhängig von der Ausgestaltung im Einzelnen müssen die Aufgabenträger allerdings gemäß § 11 Abs. 3 Satz 2 ÖPNVG NRW im sekundären Zuwendungsverhältnis stets ihre haushaltsrechtlichen Bindungen sowie die sonstigen gesetzlichen Bestimmungen beachten.

II. Der Verwendungszweck der ÖPNV-Pauschale

1. Die aktuelle gesetzliche Regelung

Hinsichtlich des Verwendungszwecks der ÖPNV-Pauschale muss differenziert werden zwischen den in § 11 Abs. 2 Satz 5 ÖPNVG NRW geregelten 80 % - Mitteln und den 20 % - Mitteln.

Zunächst gilt für die gesamte Pauschale der Verwendungszweck des ÖPNV. ÖPNV wird in § 1 Abs. 2 ÖPNVG NRW definiert als die allgemein zugängliche Beförderung von Personen mit Verkehrsmitteln im Linienverkehr, die überwiegend dazu bestimmt sind, die Verkehrsnachfrage im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr zu befriedigen. Diese Definition ist weit und gibt den Aufgabenträgern einen breiten Spielraum.

Es entspricht der ausdrücklichen Zielsetzung des Gesetzgebers, der kommunalen Ebene eine Erweiterung der Möglichkeiten für die Verwendung der Fördermittel einzuräumen (LT-Drs. 14/3976 vom 19.03.2007, S. 29).

Für die 80 % - Mittel wird der Verwendungszweck jedoch verengt, indem der Gesetzgeber eine Verwendung dieser Mittel für den SPNV, der in § 1 Abs. 3 ÖPNVG NRW auch als schienegebundener ÖPNV mit Eisenbahnen bezeichnet wird, ausdrücklich ausschließt. Für die 20 % - Mittel hingegen besteht eine derartige Einschränkung nicht, so dass diese Mittel auch für Zwecke des SPNV verwendet werden dürfen.

2. Vergleich zur früheren gesetzlichen Regelung

Ein Vergleich der Verwendungszwecke der ÖPNV-Pauschale in § 11 Abs. 2 Satz 5 ÖPNVG NRW n.F. mit den korrespondierenden Regelungen im ÖPNVG NRW a.F. offenbart Unterschiede.

Vorläuferbestimmung der 80 % - Mittel war die ÖPNV-Fahrzeugförderung, welche in § 13 ÖPNVG NRW a.F. verankert war. In § 13 Abs. 1 Satz 1 ÖPNVG a.F. fand sich ein ausdrücklicher Hinweis auf Fahrzeuge i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 6 GVFG (Standard-Linienomnibusse, Standard-Gelenkomnibusse, Schienenfahrzeuge im ÖPNV), soweit diese nicht ausdrücklich dem SPNV dienten. Die Zuwendungen durften nach § 13 Abs. 1 Satz 2 ÖPNVG NRW a.F. nur für die Beschaffung dieser Fahrzeuge sowie für sonstige Investitionen im ÖPNV verwendet werden.

Der Verwendungszweck in § 11 Abs. 2 Satz 5 ÖPNVG NRW n.F. für die 80 % - Mittel ist deutlich weiter gefasst. Im Zusammenspiel mit § 10 Abs. 1 Nr. 1 ÖPNVG NRW n.F. zeigt sich, dass sämtliche Betriebskosten des ÖPNV mit Ausnahme des SPNV gefördert werden dürfen. Das geht weit über eine Fahrzeugbeschaffung auf der Grundlage der Vorhaltekosten in § 13 Abs. 1 und 2 ÖPNVG NRW a.F. hinaus.

§ 13 Abs. 1 Satz 2 ÖPNVG NRW a.F. ließ (neben der Fahrzeugbeschaffung) eine Verwendung der Fördermittel auch für sonstige Investitionen im ÖPNV zu.

Eine Verwendung der 80 % - Mittel nach § 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW n.F. für Investitionen ist nach unserer Rechtsauffassung auch zukünftig noch möglich.

Für die Verwendungsmöglichkeit der 80 % - Mittel auch für ÖPNV-Investitionen spricht die Gesetzesbegründung (LT-Drs. 14/3976 vom 19.03.2007, S. 34). Dort wird betont, dass die Kommunen mindestens 80 % der auf sie entfallenden Pauschale an Verkehrsunternehmen weiterzuleiten haben. Die Fördermittel dürfen nach der Gesetzesbegründung anteilig auch für die Fahrzeug- und Infrastrukturvorhaltung - mithin für investive Zwecke - hingegeben werden.

Die Gesetzesbegründung stellt weiter klar, dass die Kommunen bei der Verwendung der restlichen Mittel (also der 20 % - Mittel) für Zwecke des ÖPNV frei seien. Im Gesetzeswortlaut hat diese Intention des Gesetzgebers in § 11 Abs. 2 Satz 2 ÖPNVG NRW n.F. einen gewissen Anhaltspunkt gefunden. Dort ist geregelt, dass 92,838 % der ÖPNV-Pauschale in Höhe von landesweit 110 Mio. EUR nach dem prozentualen Anteil der Empfänger an der für das Jahr 2007 gewährten ÖPNV-Fahrzeugförderung verteilt werden. Diese Schlüsselung auf die einzelnen Kommunen erfolgt bis 2010 damit im gleichen prozentualen Verhältnis wie in der durch die 80 % - Mittel ersetzten Bestimmung des § 13 ÖPNVG NRW a.F.. Erst mit Wirkung ab 2011 wird die Mittelverteilung gemäß § 11 Abs. 5 ÖPNVG NRW n.F. anhand der Parameter Betriebsleistung, Einwohner und Fläche neu geregelt. Dann wird der in § 11 Abs. 2 Satz 2 ÖPNVG NRW n.F. genannte Bezugspunkt der im Jahr 2007 gewährten ÖPNV-Fahrzeugförderung verlassen und u.a. durch das Kriterium der Betriebsleistung ersetzt, was für ein Abstellen auf die Betriebskosten ab diesem Zeitpunkt spricht. Da die Neufestsetzung in § 11 Abs. 5 ÖPNVG NRW n.F. aber noch nicht bekannt ist, lassen sich zu diesem Punkt gegenwärtig noch keine belastbaren Aussagen treffen,

Im Ergebnis scheint es deshalb zulässig zu sein, dass die Aufgabenträger die 80 % - Mittel zumindest bis 2010 weiterhin für die Fahrzeug- und Infrastrukturvorhaltung, also für investive Zwecke verwenden dürfen. Das ist jedoch keine Verpflichtung der Aufgabenträger, sondern lediglich eine Möglichkeit. Wegen des weiten Gesetzeswortlauts ist eine Verwendung der 80 % - Mittel auch heute schon für die Förderung von Betriebskosten im ÖPNV möglich, die keine Investitionen darstellen.

Vorläuferbestimmung der 20 % - Mittel war die in § 14 Abs. 2 ÖPNVG NRW a.F. geregelte Aufgabenträgerpauschale. Die Mittel der Aufgabenträgerpauschale waren bestimmt für die allgemeine Förderung der Planung, Organisation und Ausgestaltung des ÖPNV. Im Gegensatz dazu ist der Zweck der 20 % - Mittel in § 11 Abs. 2 Satz 5 ÖPNVG NRW n.F. weiter gefasst; sie sind für den ÖPNV allgemein zu verwenden.

Die Vorläuferbestimmungen in § 13 und § 14 Abs. 2 ÖPNVG NRW a.F. waren voneinander getrennte Vorschriften. Ein Verschieben der Mittel zwischen beiden Fördertöpfen war für die Aufgabenträger nicht möglich. § 11 Abs. 2 Satz 5 ÖPNVG NRW n.F. lässt hingegen flexiblere Lösungen zu. Eine Umschichtung der 20 % - Mittel zugunsten der 80 % - Mittel ist vom Gesetzgeber als zulässig angesehen worden. Die 80 % - Mittel können deshalb beispielsweise zu Lasten der 20 % - Mittel auf 90 % aufgestockt werden; die übrigen Mittel weisen dann im Beispielsfall nur noch eine Höhe von 10 % der ÖPNV-Pauschale auf. Im umgekehrten Fall ist eine Umschichtung nicht möglich, weil 80 % die Untergrenze darstellt, was durch das Wort mindestens in § 11 Abs. 2 Satz 5 ÖPNVG NRW n.F. zum Ausdruck gebracht wird.

III. Die Zuwendungsempfänger der ÖPNV-Pauschale

1. Zuwendungsempfänger im primären Zuwendungsverhältnis

Zuwendungsempfänger der ÖPNV-Pauschale im primären Zuwendungsverhältnis sind nach § 11 Abs. 2 Satz 1 ÖPNVG NRW die Aufgabenträger im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 ÖPNVG NRW.

2. Zuwendungsempfänger im sekundären Zuwendungsverhältnis

Im sekundären Zuwendungsverhältnis ist nach § 11 Abs. 2 Satz 5 ÖPNVG NRW zwischen den 80 % - Mitteln und den 20 % - Mitteln zu unterscheiden.

a) Zuwendungsempfänger der 80 % - Mittel

Zuwendungsempfänger der 80 % - Mittel dürfen lediglich öffentliche oder private Verkehrsunternehmen sein. Da die 80 % - Mittel nur für Zwecke des ÖPNV mit Ausnahme des SPNV verwendet werden dürfen, kommt es zunächst auf die Definitionen von ÖPNV und SPNV in § 1 Abs. 2 und Abs. 3 ÖPNVG NRW an. ÖPNV-Verkehrsunternehmen können solche sein, die Personen mit Verkehrsmitteln im Linienverkehr befördern, die überwiegend dazu bestimmt sind, die Verkehrsnachfrage im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr zu befriedigen (§ 1 Abs. 2 Satz 1 ÖPNVG NRW). Soweit diese Verkehrsmittel nicht schienengebunden sind, geht es um straßengebundene Fahrzeuge. Soweit die Verkehrsmittel schienengebunden sind, bleibt der ÖPNV mit Eisenbahnen außer Betracht, da dieser nach § 1 Abs. 3, 1. Alt. ÖPNVG NRW i.V.m. § 2 Abs. 5 AEG als SPNV definiert wird. Bei schienengebundenen Verkehrsmitteln, die nicht zum SPNV gehören, kann es sich gemäß § 1 Abs. 3, 2. Alt. ÖPNVG NRW entweder handeln um Straßenbahnen (§ 4 Abs. 1 PBefG) bzw. um Hochbahnen, Untergrundbahnen, Schwebbahnen oder ähnliche Bahnen, die nach § 4 Abs. 2 PBefG ebenfalls als Straßenbahnen gelten. Auf Obusse (§ 4 Abs. 3 PBefG) wird in § 1 Abs. 3, 2. Alt. ÖPNVG NRW nicht verwiesen. Diese sind, wie § 4 Abs. 3 PBefG klarstellt, nicht an Schienen gebundene Straßenfahrzeuge und werden deshalb bereits von § 1 Abs. 2 ÖPNVG NRW erfasst.

Im Ergebnis ist der Begriff des ÖPNV mit Ausnahme des SPNV i.S.v. § 11 Abs. 2 Satz 5 ÖPNVG NRW damit identisch mit der Definition des ÖPNV in § 8 Abs. 1 PBefG. Nach § 8 Abs. 1 PBefG wird unter ÖPNV die allgemein zugängliche Beförderung von Personen mit Straßenbahnen, Obussen und Kraftfahrzeugen im Linienverkehr, die überwiegend dazu bestimmt sind, die Verkehrsnachfrage im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr zu befriedigen, verstanden.

Die allgemein zugängliche Beförderung von Personen mit Straßenbahnen (§ 4 Abs. 1 und 2 PBefG), Obussen und Kraftfahrzeugen im Linienverkehr setzt nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 i.V.m. § 1 Abs. 1 PBefG eine Genehmigung voraus. Zugleich wird in § 2 Abs. 1 Satz 2 PBefG klargestellt, dass derjenige, der solche Beförderungen erbringt, Unternehmer im Sinne des PBefG ist. Kennzeichen eines Unternehmers ist nach § 3 Abs. 2 Satz 1 PBefG, dass er den Verkehr im eigenen Namen, unter eigener Verantwortung und für eigene Rechnung betreibt. Gleiches trifft auf den Betriebsführer nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 3 Abs. 2 PBefG zu.

Kein Unternehmer nach § 3 Abs. 2 Satz 1 PBefG ist der bloße Auftrags- oder Subunternehmer. Dieser erbringt im Gegensatz zum Betriebsführer den Verkehr nicht im eigenen Namen, unter eigener Verantwortung und für eigene Rechnung, sondern handelt lediglich im Namen und im Auftrage eines anderen Unternehmers. Anders als die Übertragung der Betriebsführung auf einen anderen in § 2 Abs. 2 Nr. 3 PBefG unterliegt die Einschaltung eines Subunternehmers nicht der Genehmigungspflicht nach § 2 Abs. 2 PBefG.

Verkehrsunternehmen gemäß § 11 Abs. 2 Satz 5 ÖPNVG NRW können daher nur ÖPNV-Unternehmer oder ÖPNV-Betriebsführer im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 und § 3 Abs. 2 Satz 1 PBefG sein. Maßgeblich für den Erhalt der Fördermittel ist der Status eines ÖPNV-Verkehrsunternehmens, das Personenbeförderungsleistungen im Sinne des PBefG mit Straßenbahnen, Obussen oder Kraftfahrzeugen im Linienverkehr erbringt.

b) Zuwendungsempfänger der 20 % - Mittel

Der Kreis der Zuwendungsempfänger der 20 % - Mittel ist breiter angelegt. Die 20 % - Mittel können entweder bei den Aufgabenträgern verbleiben und von ihnen für Zwecke des ÖPNV verwendet werden. Dann gibt es kein sekundäres Zuwendungsverhältnis. Die 20 % - Mittel können aber auch von den Aufgabenträgern an öffentliche oder private Verkehrsunternehmen weitergeleitet werden. In diesem Fall gilt für das sekundäre Zuwendungsverhältnis der 20 % - Mittel das oben Ausgeführte zu den 80 % - Mitteln. Schließlich können Zuwendungs-

empfänger auch Gemeinden, Zweckverbände, Eisenbahnunternehmen oder juristische Personen des privaten Rechts, die Zwecke des ÖPNV verfolgen, sein.

B. Verwendung der Förderpauschale gemäß § 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW nach zukünftigem Recht (Verordnung (EG) Nr. 1370/2007)

I. Die Anwendbarkeit der VO 1370 auf das sekundäre Zuwendungsverhältnis

Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union erließen am 23.10.2007 die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (im Folgenden kurz bezeichnet als „VO 1370“). Nach der am 03.12.2007 erfolgten Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union wird diese am 03.12.2009 in Kraft treten. Die VO 1370 betrifft nach Art. 1 Abs. 2 alle öffentlichen Personenverkehre auf der Schiene und Straße. Nach Art. 2 lit. a) VO 1370 werden unter öffentlichem Personenverkehr Personenbeförderungsleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verstanden, die für die Allgemeinheit diskriminierungsfrei und fortlaufend erbracht werden. Gemäß Art. 12 Satz 2 ist die VO 1370 in allen Teilen verbindlich und gilt nach ihrem Inkrafttreten in jedem EU-Mitgliedstaat unmittelbar.

Die VO 1370 geht gemäß der Erwägungsgründe 4 und 5 davon aus, dass zahlreiche Personenverkehrsdienste in den EU-Mitgliedstaaten nicht kostendeckend betrieben werden können, jedoch unter Berücksichtigung sozialer, umweltpolitischer und raumplanerischer Faktoren beizubehalten oder fortzuentwickeln sind. Zweck der VO 1370 ist deshalb nach Art. 1 Abs. 1 festzulegen, wie in den EU-Mitgliedstaaten unter Einhaltung des europäischen Gemeinschaftsrechts Personenverkehrsdienste gewährleistet werden können, die zahlreicher, sicherer, höherwertiger oder preisgünstiger sind als diejenigen, die das freie Spiel des Marktes hervorbrächte.

Die VO 1370 ist somit auf den Betrieb von ÖPNV bzw. die Erbringung von Betriebsleistungen im ÖPNV zugeschnitten. Dies deckt sich mit dem Förderzweck der ÖPNV-Pauschale, wie er in § 10 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 11 Abs. 2 Satz 5 ÖPNVG NRW (allgemeine Förderung der Betriebskosten im ÖPNV) festgelegt ist. Damit wird die VO 1370 ab ihrem Inkrafttreten am 03.12.2009 zu den nach § 11 Abs. 3 Satz 2 ÖPNVG NRW vom Aufgabenträger im sekundären Zuwendungsverhältnis zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen gehören. Zu den gesetzlichen Bestimmungen zählen auch europarechtliche Vorschriften.

II. Der öffentliche Dienstleistungsauftrag

Der zentrale Begriff der VO 1370 ist der des öffentlichen Dienstleistungsauftrags. Art. 3 Abs. 1 VO 1370 legt fest, dass ausschließliche Rechte und / oder Ausgleichsleistungen gleich welcher Art für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu gewähren sind.

Art. 2 lit. i) VO 1370 enthält die Legaldefinition des Begriffs des öffentlichen Dienstleistungsauftrags. Darunter werden rechtsverbindliche Akte verstanden, die die Übereinkunft zwischen einer zuständigen Behörde und einem Betreiber eines öffentlichen Dienstes bekunden, diesen Betreiber eines öffentlichen Dienstes mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten zu betrauen, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen. Art. 2 lit. i) VO 1370 lässt es dabei zu, dass gemäß der jeweiligen Rechtsordnung der Mitgliedstaaten der oder die rechtsverbindlichen Akte auch in einer Entscheidung der zuständigen Behörde bestehen, die die Form eines Gesetzes oder einer Verwaltungsregelung für den Einzelfall haben kann (1. Spiegelstrich).

Art. 2 lit. e) VO 1370 versteht unter einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung eine von der zuständigen Behörde festgelegte oder bestimmte Anforderung im Hinblick auf die Sicherstel-

lung von im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen Personenverkehrsdiensten, die der Betreiber unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu gleichen Bedingungen übernommen hätte.

In Art. 2 lit. g) VO 1370 wird die Ausgleichsleistung für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen als jeder Vorteil, insbesondere finanzieller Art, definiert, der mittelbar oder unmittelbar von einer zuständigen Behörde aus öffentlichen Mitteln während des Zeitraums der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung oder in Verbindung mit diesem Zeitraum gewährt wird.

III. Allgemeine Vorschriften

Neben dem Begriff des öffentlichen Dienstleistungsauftrags kennt die VO 1370 auch den Begriff der allgemeinen Vorschrift. Art. 3 Abs. 2 VO 1370 lässt in Abweichung vom Grundsatz des Art. 3 Abs. 1 VO 1370 zu, dass bestimmte gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen, nämlich solche zur Festsetzung von Höchsttarifen für alle Fahrgäste oder bestimmte Gruppen von Fahrgästen auch Gegenstand allgemeiner Vorschriften sein können. Wie Art. 3 Abs. 2 Satz 3 VO 1370 klarstellt, ist dies eine echte Wahlmöglichkeit für die zuständige Behörde, denn gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zur Festsetzung von Höchsttarifen können auch in öffentliche Dienstleistungsaufträge aufgenommen werden.

Art. 2 lit. I) VO 1370 definiert eine allgemeine Vorschrift als eine Maßnahme, die diskriminierungsfrei für alle öffentlichen Personenverkehrsdienste derselben Art in einem bestimmten geografischen Gebiet, das im Zuständigkeitsbereich der zuständigen Behörde liegt, gilt.

Art. 3 Abs. 3 VO 1370 räumt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, allgemeine Vorschriften über die finanzielle Abgeltung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, die dazu dienen, Höchsttarife für Schüler, Studenten, Auszubildende und Personen mit eingeschränkter Mobilität festzulegen, aus dem Anwendungsbereich der VO 1370 ausnehmen. Diese Vorschrift richtet sich an die Mitgliedstaaten, so dass nur der Bundesgesetzgeber im Rahmen der anstehenden Novelle des PBefG von dieser Ausnahmemöglichkeit Gebrauch machen kann. Dem Aufgabenträger räumt Art. 3 Abs. 3 VO 1370 insoweit keine Wahlmöglichkeit ein.

IV. Die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge

Im Folgenden wird das Verfahren zur Vergabe der öffentlichen Dienstleistungsaufträge skizziert. Vorab ist klarzustellen, dass vergleichbare Normen für allgemeine Vorschriften i.S.v. Art. 2 lit. I) VO 1370 nicht bestehen.

1. Der Vorrang des allgemeinen europäischen Vergaberechts

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 VO 1370 legt fest, dass öffentliche Dienstleistungsaufträge grundsätzlich nach Maßgabe der Regularien in Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO 1370 zu vergeben sind. Allerdings normieren Art. 5 Abs. 1 Sätze 2 und 3 sowie der Erwägungsgrund 20 einen Vorrang des allgemeinen europäischen Vergaberechts für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen. Fällt ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen nicht nur unter die VO 1370, sondern zugleich unter die Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG, soll das allgemeine europäische Vergaberecht vorrangig sein. Eine Vergabe nach Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO 1370 kommt dann nicht in Betracht. Nur diejenigen öffentlichen Dienstleistungsaufträge für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen werden nach Art. 5 Abs. 2 bis 6 VO 1370 vergeben, die nicht auch unter die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG fallen. Konzessionen i.S.d. Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG sind von deren Anwendungsbereich ausdrücklich ausgenommen. Ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag im

ÖPNV, der eine Dienstleistungskonzession zum Inhalt hat, ist somit nach Art. 5 Abs. 2 bis 4 VO 1370 zu vergeben.

Bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Eisenbahnverkehr gibt es hingegen keinen Vorrang des allgemeinen europäischen Vergaberechts. Hier bleibt es stets bei einer Vergabe nach der VO 1370.

2. Wettbewerbliche Vergabe

Art. 5 Abs. 3 VO 1370 sieht für öffentliche Dienstleistungsaufträge grundsätzlich eine wettbewerbliche Vergabe vor. Das Vergabeverfahren muss allen Betreibern von Personenverkehrsdiensten offen stehen, fair sein und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen. Nach Abgabe der Angebote und einer eventuellen Vorauswahl können auch Verhandlungen geführt werden, um zu klären, wie den gestellten Anforderungen am besten Rechnung getragen werden kann. Erwägungsgrund 22 stellt klar, dass solche Verhandlungen mit einem oder mehreren potenziellen Betreibern geführt werden dürfen. Das Vergabeverfahren nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370 entspricht damit den vergaberechtlichen Grundsätzen, unterscheidet sich jedoch durch eine geringere Förmlichkeit.

3. Direktvergaben

Neben der wettbewerblichen Vergabe in Art. 5 Abs. 3 VO 1370 existieren in Art. 5 Abs. 2, Abs. 4, Abs. 5 und Abs. 6 VO 1370 vier Fallkonstellationen, bei denen die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge kein wettbewerbliches Vergabeverfahren erfordert. Art. 2 lit. h) VO 1370 bezeichnet diese Fälle als Direktvergaben.

Jede zuständige örtliche Behörde kann gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 1370, sofern das nationale Recht ein solches nicht untersagt, beschließen, öffentliche Personenverkehrsdienste selbst zu erbringen oder öffentliche Dienstleistungsaufträge an einen internen Betreiber direkt zu vergeben. Art. 2 lit. j) VO 1370 definiert den internen Betreiber als eine eigenständige juristische Person, über die die zuständige Behörde eine Kontrolle ausübt, die der über ihre eigenen Dienststellen entspricht. Die Einzelheiten sind in Art. 5 Abs. 2 lit. a) bis e) VO 1370 geregelt.

Art. 5 Abs. 4 VO 1370 lässt für kleinere Aufträge und solche Aufträge, die an ein kleines oder mittleres Unternehmen vergeben werden, eine Direktvergabe zu. Aufträge, die entweder einen geschätzten Jahresdurchschnittswert von weniger als 1 Mio. EUR oder eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 300.000 km aufweisen, dürfen direkt vergeben werden. Bei Aufträgen an Unternehmen mit nicht mehr als 23 Fahrzeugen liegen die Werte doppelt so hoch (geschätzter Jahresdurchschnittswert von weniger als 2 Mio. EUR oder jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 600.000 km).

Gemäß Art. 5 Abs. 5 VO 1370 kann die zuständige Behörde im Fall der Unterbrechung des Verkehrsdienstes oder bei unmittelbarer Gefahr des Eintretens einer solchen Situation eine Notmaßnahme ergreifen. Letztere kann in einer Direktvergabe, einer förmlichen Vereinbarung oder einer Auflage bestehen.

Art. 5 Abs. 6 VO 1370 eröffnet schließlich eine Direktvergabemöglichkeit im Eisenbahnverkehr ohne weitere Voraussetzungen. Zum Eisenbahnverkehr gehört jedoch ausdrücklich nicht der Verkehr mit Untergrund- oder Straßenbahnen.

4. Inhaltliche Mindestanforderungen

In Art. 4 Abs. 1 VO 1370 werden an alle öffentlichen Dienstleistungsaufträge inhaltliche Mindestanforderungen gestellt, die unabhängig davon, ob eine wettbewerbliche Vergabe oder eine Direktvergabe erfolgt, erfüllt sein müssen. Die Anforderungen in Art. 4 Abs. 1 VO 1370 gelten nicht nur für öffentliche Dienstleistungsaufträge, sondern auch für allgemeine Vorschriften.

Die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und die geographischen Geltungsbereiche sind gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. a) VO 1370 klar zu definieren. Gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b) VO 1370 sind die Parameter für Ausgleichsleistungen objektiv und transparent zu definieren. Übermäßige Ausgleichsleistungen sind zu vermeiden. Weiterhin ist in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder in einer allgemeinen Vorschrift gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. c) VO 1370 und Art. 4 Abs. 2 VO 1370 die Aufteilung der Kosten und Einnahmen festzulegen.

Art. 4 Abs. 5 und 6 VO 1370 ermöglicht den zuständigen Behörden, bestimmte Sozial- und Qualitätsstandards in einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag einzubeziehen. Im Erwägungsgrund 17 werden hierfür als Beispiele Mindestarbeitsbedingungen, Fahrgastrechte, Bedürfnisse mobilitätseingeschränkter Personen, Umweltschutzerfordernisse, Fahrgast- oder Arbeitnehmersicherheit sowie sich aus Kollektivvereinbarungen ergebende Arbeits- oder Sozialschutzverpflichtungen genannt.

Schließlich ist im öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach Art. 4 Abs. 7 Sätze 1 und 4 VO 1370 anzugeben, ob, in welchem Umfang und zu welchen Bedingungen Unteraufträge vergeben werden können. Gemäß Art. 4 Abs. 7 Satz 2 VO 1370 sind Unteraufträge grundsätzlich nur beschränkt möglich. Der Betreiber soll einen bedeutenden Teil der Personenverkehrsdienste selbst erbringen.

Bei einer Direktvergabe hat die zuständige Behörde besonders darauf zu achten, dass die Ausgleichsleistung angemessen ist. Art. 4 Abs. 1 lit. b) Satz 2 VO 1370 enthält für Direktvergaben deshalb zusätzliche inhaltliche Mindestvorgaben. Hinsichtlich der Berechnung der Ausgleichsleistung verweist Art. 6 Abs. 1 Satz 2 VO 1370 auf den Anhang zur VO 1370. Ziel der Berechnungen ist die Ermittlung des finanziellen Nettoeffekts der Ausgleichsleistung.

Für Direktvergaben gem. Art. 5 Abs. 2, 4, 5 und 6 VO 1370 ist darauf hin zu weisen, dass nach Ziffer 3 des Anhangs sowohl ein übermäßiger, als auch ein „unzureichenden“ Ausgleichsleistungen zu vermeiden ist. Insoweit ergibt sich aus der Regelung ein Gebot zur Vermeidung der Unterschreitung der (erforderlichen) Ausgleichsleistungen im Rahmen des Nettoeffekts. Der Aufgabenträger als Zuwendungsgeber im sekundären Zuwendungsverhältnis muss daher auch die Vermeidung einer Unterschreitung sicherstellen.

Auch Ausgleichsleistungen, die nicht im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags, sondern im Zusammenhang mit einer allgemeinen Vorschrift gewährt werden, unterliegen hinsichtlich der Berechnung ihrer Angemessenheit nach Art. 6 Abs. 1 Satz 2 VO 1370 den Bestimmungen des Anhangs der VO 1370.

Mit der Einhaltung aller Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 Satz 2 VO 1370 und des Anhangs können die zuständige Behörde als auch der Betreiber beweisen, dass eine übermäßige Ausgleichszahlung im Zusammenhang mit einer Direktvergabe oder einer allgemeinen Vorschrift vermieden wurde.

III. Teil: Handlungsrahmen und Entwicklung eigener Handlungsoptionen für Aufgabenträger

A. Handlungsoptionen und Verfahrensvorschläge zur aktuellen Rechtslage

§ 11 Abs. 3 Satz 2 ÖPNVG NRW stellt klar, dass der Aufgabenträger bei der Weiterleitung der Mittel aus der ÖPNV-Pauschale an Dritte im Rahmen eines sekundären Zuwendungsverhältnisses ihre haushaltsrechtlichen Bindungen sowie sonstige gesetzliche Bestimmungen zu beachten haben. Zu den sonstigen gesetzlichen Bestimmungen gehören neben dem ÖPNVG NRW sämtliche europa-, bundes- und landesrechtlichen Vorschriften. Eine Weiterleitung der ÖPNV-Pauschale an Dritte muss daher in Einklang mit Europarecht, Bundesrecht, Landesrecht und den haushaltsrechtlichen Bestimmungen stehen. Damit ist der Rahmen für Handlungsoptionen und Verfahrensvorschläge vorgegeben.

I. Vorgaben aus dem ÖPNVG NRW

Direkt im ÖPNVG NRW finden sich in § 11 Abs. 2 Satz 5 ÖPNVG NRW Vorgaben zur Höhe der Mittel, zum Verwendungszweck der Mittel und zu den Verwendungsempfängern (s.o.).

II. Vorgaben aus dem Verfassungsrecht

1. Rechtsstaatsprinzip

Ein wichtiges Element des Rechtsstaatsprinzips, welches in Art. 28 Abs. 1 Satz 1 Grundgesetz (GG) nur rudimentär gesetzlich geregelt ist und durch die Rechtsprechung insbesondere des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) laufend konkretisiert wurde, ist der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Innerhalb dieses Grundsatzes wird zwischen zwei Aspekten unterschieden.

Der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes ist in Art. 20 Abs. 3 GG kodifiziert und besagt, dass die Verwaltung an Gesetz und Recht gebunden ist. Im ÖPNVG NRW ist dieses Prinzip in § 11 Abs. 3 Satz 2 ÖPNVG NRW nochmals hervorgehoben, wenn klargestellt wird, dass bei Weiterleitung der Mittel aus der ÖPNV-Pauschale der Aufgabenträger die gesetzlichen Bestimmungen zu beachten hat.

Ein zweiter Grundsatz ist der des Vorbehalts des Gesetzes. Dieser ist gesetzlich nur punktuell, z.B. für das Strafrecht in Art. 103 Abs. 2 GG kodifiziert. Die Rechtsprechung verlangt, dass die Verwaltung für Eingriffe in die Freiheits-, Eigentums- und Vermögenssphäre des Bürgers eine gesetzliche Grundlage benötigt. Die herrschende Meinung wendet hier die sog. Wesentlichkeitstheorie an. Diese besagt, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Leistungsverwaltung nicht alles selbst gesetzlich regeln muss, sondern sich auf Regelungen zu den wesentlichen Punkten beschränken kann und die Ausgestaltung in der einzelnen Sache der Verwaltung sein darf.

Im vorliegenden Fall hat der Gesetzgeber alle wesentlichen Punkte, die für das sekundäre Zuwendungsverhältnis relevant sind, selbst geregelt.¹ Damit ist dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes Genüge getan. Die Ausgestaltung der Förderung im Einzelnen kann der Gesetzgeber den Aufgabenträgern überlassen. Nach herrschender Meinung wird es als ausreichend angesehen, wenn der Aufgabenträger die Fördermittel in seinem Haushaltsplan, der durch die Haushaltssatzung nach § 78 Abs. 1 Gemeindeordnung NRW festgestellt wird, ausweist. Die Details der Förderung müssen nicht in einem materiellen Gesetz, wie einer kommunalen Satzung, festgelegt werden, sondern dürfen auch in Förderrichtlinien, die nur

eine verwaltungsinterne Regelung ohne direkte Außenwirkung gegenüber dem Bürger darstellen, enthalten sein. Auf diese Weise kann nach Ansicht der herrschenden Meinung zwischen der verfassungsrechtlich erforderlichen demokratischen Legitimation von Fördermaßnahmen und der in der Praxis notwendigen Flexibilität des Mitteleinsatzes ein ausgewogener Kompromiss erzielt werden.

2. Grundrechte

Verfassungsrechtliche Vorgaben ergeben sich auch aus den Grundrechten der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG).

Art. 12 Abs. 1 GG gewährt dem Einzelnen das Recht, jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als Beruf zu ergreifen und zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen. In diesem weiten vom BVerfG entwickelten Sinne ist das Erbringen von Personenbeförderungsleistungen als Beruf anzusehen und wird über Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Ein Eingriff in die Berufsfreiheit liegt nicht erst dann vor, wenn die grundrechtlich geschützte Tätigkeit ganz oder teilweise unterbunden wird. Es genügt, dass sie aufgrund einer staatlichen Maßnahme nicht mehr in der gewünschten Weise ausgeübt werden kann. Das kann bei einer Gewährung öffentlicher Mittel mit berufsregelnder Tendenz der Fall sein. Kommen nur ganz bestimmte Unternehmen in den Genuss der Fördermittel, haben die nicht geförderten Konkurrenzunternehmen einen entsprechenden Nachteil, weil sie dann ihre Personenbeförderungsleistungen teurer als die geförderten Unternehmen anbieten müssen. Sie werden in der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit behindert.

Es ist vor diesem Hintergrund erforderlich, dass der Aufgabenträger die gesamten während eines bestimmten Zeitraums zur Verfügung stehenden Fördermittel beziffert und die Kriterien, die für eine Inanspruchnahme der Fördermittel aus der ÖPNV-Pauschale entscheidend sind, klar und eindeutig regelt. Neben der Festlegung der Auswahlgesichtspunkte müssen auch Regularien zum Verfahren getroffen werden. Hier ist an Antragserfordernisse, Fristen, mit einem Antrag beizubringende Nachweise durch die Unternehmen und Kontrollmöglichkeiten für den Aufgabenträger zu denken. Bei mehreren gleichwertigen Förderanträgen muss festgelegt sein, welche Aspekte für die Entscheidung des Aufgabenträgers dann maßgeblich sein sollen. Denkbar ist beispielsweise, dass nur ein Unternehmen die Fördermittel in voller Höhe erhält oder die gesamten Mittel auf alle Antragsteller quotenmäßig verteilt werden.

Entscheidend ist weiterhin, dass alle Unternehmen entsprechend den aufgestellten Förderkriterien und Verfahrensvorschriften gleich zu behandeln sind. Dieses Gleichbehandlungsgebot fordert der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Die an eine Regelung im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG anzulegenden verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstäbe sind umso strenger, je mehr die Regelung zwischen Personengruppen und nicht nur zwischen Sachverhalten differenziert. Es sollte daher seitens der Aufgabenträger eine Differenzierung zwischen den Unternehmen vermieden werden. Die maßgeblichen Differenzierungskriterien sollten an unterschiedlichen verkehrlichen Gegebenheiten anknüpfen. Sinnvolle Differenzierungen für die Zuwendung der Mittel aus der ÖPNV-Pauschale könnten z.B. erfolgen zwischen Fahrzeugförderung und Förderung verbilligter Fahrscheine, zwischen Straßenbahnverkehr und Busverkehr, zwischen reinen Stadtverkehren und Stadt-Umland-Verkehren, zwischen Verkehren in der Hauptverkehrszeit und solchen in Schwachlastzeiten, zwischen Verkehren in einem Kernnetz und solchen in einem Ergänzungsnetz. Alle diese Beispielfälle stellen sachverhaltsbezogene Differenzierungen dar.

III. Vorgaben aus dem europäischen Recht

Bei der Vergabe der öffentlichen Mittel aus der ÖPNV-Pauschale durch den Aufgabenträger an Dritte in dem sekundären Zuwendungsverhältnis sind die Vorgaben des primären und sekundären europäischen Gemeinschaftsrechts zu beachten.

Zentrale Bestimmungen des primären Gemeinschaftsrechts sind die Beihilfenvorschriften nach Art. 87 ff. des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV). Für den Verkehrsbereich sind im primären Gemeinschaftsrecht weiterhin die Art. 70 ff. EGV wichtig. Aus dem sekundären Gemeinschaftsrecht kann die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 i.d.F. VO (EWG) Nr. 1893/91 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs (im Folgenden kurz bezeichnet als „VO 1191“) von Bedeutung sein. Diese ist auf der Grundlage von Art. 73, 2. Alt. i.V.m. Art. 71 Abs. 1 lit. d) EGV erlassen worden und stellt innerhalb ihres Anwendungsbereichs eine Art. 87 ff. EGV vorgehende beihilferechtliche Sondervorschrift dar.

1. Die VO 1191

Über den Anwendungsbereich der VO 1191 herrschte in Deutschland über viele Jahre Streit. Gemäß Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 VO 1191 können von den Mitgliedstaaten Unternehmen, deren Tätigkeit sich auf den Betrieb von Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdiensten beschränkt, vom Anwendungsbereich der VO 1191 ausgenommen werden. Ob und inwieweit der deutsche Gesetzgeber von dieser Ausnahmenvorschrift Gebrauch gemacht hatte, war lange unklar.

In dem Urteil vom 19.10.2006 (Az. 3 C 33.05) stellte das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) fest, dass das PBefG mit der Unterscheidung zwischen eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen eine rechtssichere Teilbereichsausnahme von der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 enthält. Nur die gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen unterfallen nach § 8 Abs. 4 Satz 3 PBefG der VO 1191, während der deutsche Gesetzgeber eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen i.S.v. § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG rechtssicher vom Anwendungsbereich der VO 1191 ausgenommen hatte.

Eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen nach § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG sind solche, deren Aufwand durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne gedeckt ist. Ihnen kommt gegenüber gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen eine Vorrangstellung zu. Nach § 8 Abs. 4 Sätze 1 und 3 PBefG liegt eine gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistung erst dann vor, wenn eine ausreichende Verkehrsbedienung durch eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen nicht möglich ist.

Im Bereich des Aufgabenträgers stellt sich deshalb die Frage, ob die von Verkehrsunternehmen erbrachten Beförderungsleistungen nach dem PBefG eigen- oder gemeinwirtschaftlich sind. Soweit es sich um eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen handelt, spielt die VO 1191 keine Rolle. Bei gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen, die z.B. bei der Zusammenfassung von Linienverkehren in größeren Bündeln entstehen können, ist die VO 1191 hingegen zu beachten. Für die Erteilung solcher Linienverkehrsgenehmigungen gilt § 13a Abs. 1 Satz 1 PBefG. In Verbindung mit § 1 Abs. 2 der Geringste-Kosten-Verordnung ist die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach der VOL/A, 1. Abschnitt erforderlich, um die geringsten Kosten für die Allgemeinheit zu ermitteln. Die Gewährung der Fördermittel durch den Kreis erfolgt in diesem Falle nicht durch einen Zuwendungsbescheid, sondern auf der Grundlage von Verkehrsverträgen, welche mit den Verkehrsunternehmen abgeschlossen werden, die den Zuschlag im Rahmen von Vergabeverfahren erhalten. In den Verkehrsverträgen sind vor allem die vom Unternehmen zu erbringenden Verkehrsleistungen und sonstigen Verpflichtungen in quantitativer und qualitativer Hinsicht, Vorschriften zu Leistungsstörungen und zur Risikoverteilung sowie die Höhe und weitere Regularien wie Anpassungsklauseln für Ausgleichszahlungen durch den Kreis im einzelnen zu regeln. Art. 73, 2. Alt. EGV stellt klar, dass die Zahlungen des Aufgabenträgers im Rahmen eines solchen nach der VO 1191 zu beurteilenden Verkehrsvertrags als mit dem europäischen primärrechtlichen Beihilferecht vereinbar gelten.

Hinzuweisen ist auf Art. 10 Abs. 1 Satz 1 VO 1370. Dort wird statuiert, dass gleichzeitig mit dem Inkrafttreten der neuen VO 1370 zum 03.12.2009 die VO 1191 außer Kraft treten wird. Die o.g. Ausführungen treffen deshalb nur noch für den Zeitraum vom 01.01.2008 bis zum 02.12.2009 zu.

2. Das primäre Beihilferecht der Art. 87 ff. EGV

Für Verkehrsleistungen, die eigenwirtschaftlich i.S.v. § 8 Abs. 4 Satz 2 PBefG sind, gilt die VO 1191 und damit auch Art. 73, 2. Alt EGV nicht. In der Entscheidung „Altmark Trans“ vom 24.07.2003 (Rs C-280/00) hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) klargestellt, dass sämtliche Zahlungen, die von der öffentlichen Hand an Unternehmen gewährt werden, welche eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen erbringen, an den primären Beihilfevorschriften der Art. 87 ff. EGV zu messen sind.

Maßgeblich für die beihilferechtliche Zulässigkeit ist grundsätzlich Art. 87 Abs. 1 EGV. Danach sind, vorbehaltlich abweichender Bestimmungen des EG-Vertrags, staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Formelle Vorgaben enthält Art. 88 Abs. 3 EGV, der bestimmt, dass alle Beihilfen vor ihrer Gewährung bei der Kommission anzumelden (zu „notifizieren“) sind. Vor einer abschließenden Entscheidung der Kommission über die Zulässigkeit der Beihilfe darf diese nicht gewährt werden (Durchführungsverbot).

Die Rechtsprechung (Altmark-Trans-Urteil des EuGH vom 24.07.2003, Rs. C-280/00) hat auf der Grundlage des Art. 87 Abs. 1 EGV vier Tatbestandsmerkmale entwickelt, die alle kumulativ erfüllt sein müssen, damit von einer Beihilfe gesprochen werden kann:

- a) Es muss sich um eine staatliche Maßnahme oder um eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln.
- b) Die Maßnahme muss geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen.
- c) Die Maßnahme muss den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen.
- d) Die Maßnahme muss dem Begünstigten einen Vorteil gewähren.

a) Staatliche Maßnahme oder Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel

Die Maßnahme muss einem oder mehreren Unternehmen einen Vorteil durch den Transfer staatlicher Mittel oder durch die Verminderung der normalerweise vom Unternehmen zu tragenden Belastung verschaffen. Ausreichend ist eine mittelbare Begünstigung.

Im Rahmen des sekundären Zuwendungsverhältnisses werden durch den Aufgabenträger aus der ÖPNV-Pauschale gemäß § 11 Abs. 2 Satz 5 ÖPNVG NRW staatliche Mittel an ÖPNV-Unternehmen gewährt. Das trifft in vollem Umfang auf die 80 % - Mittel zu, da nur öffentliche und private Verkehrsunternehmen Zuwendungsempfänger sein können. Bei den 20 % - Mitteln kommt es darauf an, wer aus dem vom Gesetzgeber vorgegebenen Kreis Zuwendungsempfänger ist. Eine staatliche Maßnahme durch den Transfer staatlicher Mittel ist damit im sekundären Zuwendungsverhältnis im Ergebnis gegeben.

b) Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Der ÖPNV stellt ein lokales Geschäft dar. Gleichwohl herrscht nach dem EuGH-Urteil „Altmark Trans“ Klarheit, dass Zahlungen des Kreises/der Stadt im Rahmen des sekundären

Zuwendungsverhältnisses an Verkehrsunternehmen geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Entscheidend ist nach Ansicht der Rechtsprechung weder die Größe des Tätigkeitsgebiets noch der örtliche Charakter der Dienstleistung, sondern der Umstand, dass ÖPNV-Unternehmen auch aus anderen Mitgliedstaaten grundsätzlich in der Lage wären, Verkehrsleistungen im Gebiet des Aufgabenträgers zu erbringen. Dies genügt nach Ansicht des EuGH für die Bejahung des Tatbestandsmerkmals Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten.

c) (Drohende) Wettbewerbsverfälschung

Dieses Tatbestandsmerkmal des Beihilfebegriffs wird in der Rechtsprechung des EuGH weit interpretiert. Es muss eine tatsächliche oder drohende Wettbewerbsverfälschung vorliegen. Die Tatsache, dass die Beihilfe die Stellung des Unternehmens gegenüber anderen im innergemeinschaftlichen Handel tätigen Wettbewerbern verstärkt (oder zu verstärken droht), berechtigt als solche bereits zu der Feststellung, dass der Wettbewerb verfälscht wurde (EuGH, Urteil vom 19.09.2000, Rs. C-156/98, „Deutschland/Kommission“). Ausreichend ist jede künstliche Beeinträchtigung, welche die Marktbedingungen für die Wettbewerber verändert; es genügt eine Verfälschung des innerstaatlichen Wettbewerbs eines Mitgliedstaates. Im Rahmen dieser weit gefassten Auslegung des Begriffs der Wettbewerbsverfälschung kann diese wegen der potentiellen Wettbewerbsbeeinflussung im ÖPNV-Bereich nicht ausgeschlossen werden.

d) Gewährung eines Vorteils für den Begünstigten

Die Beihilfe muss für den Empfänger eine Begünstigung darstellen. Sie muss ihm also einen finanziellen Vorteil gewähren, z.B. eine Kostenentlastung, den der Wettbewerber nicht erhalten hat.

Dieses vierte Tatbestandsmerkmal des Beihilfebegriffs wirft zwei Fragen auf.

Zum einen liegt nur dann ein Vorteil vor, wenn er durch eine gewisse Selektivität gekennzeichnet ist, d.h. ganz bestimmte Unternehmen begünstigt. Eine staatliche Maßnahme, die unterschiedslos allen Unternehmen unabhängig vom Gegenstand ihrer Tätigkeit zu Gute kommt, kann deshalb keine staatliche Beihilfe darstellen; im Folgenden unter (1).

Zum anderen ist problematisch, wie der Begriff des Vorteils für Unternehmen, die Leistungen der Daseinsvorsorge gegenüber der öffentlichen Hand erbringen, interpretiert werden muss; im Folgenden unter (2).

1) Selektivität

Nach der Rechtsprechung des EuGH kommt es für das Vorliegen des Beihilfebegriffs nicht auf die Gründe oder Ziele einer staatlichen Maßnahme an, sondern auf die durch sie ausgelösten Wirkungen. Entscheidend ist, dass eine Beihilfe bestimmte Unternehmen von einem Teil ihrer Kosten entlastet und ihnen finanzielle Vorteile verschafft, die ihre Wettbewerbsposition verbessert. Hingegen kann eine staatliche Maßnahme, die unterschiedslos allen Unternehmen unabhängig vom Gegenstand ihrer Tätigkeit zu Gute kommt, keine staatliche Beihilfe darstellen. Es fehlt dann an der dem Beihilfebegriff immanenten Selektivität der Maßnahme. Selektiv ist hingegen eine Maßnahme, die zwar grundsätzlich allen Unternehmen zugute kommt, bei der Auswahl im Einzelnen die staatliche Stelle jedoch über ein Ermessen verfügt.

Für den Bereich der Fahrzeugförderung nach dem § 2 Abs. 1 Nr. 6 GVFG ist bislang umstritten, ob diese eine selektive Maßnahme darstellt, da grundsätzlich jedes Unternehmen, welches die Fördervoraussetzungen erfüllt, in den Genuss der Fördermittel kommen kann. Es erscheint aber zweifelhaft, ob sich die zur Fahrzeugförderung entwickelten Argumente auf eine mögliche Fahrzeugförderung im Rahmen des sekundären Zuwendungsverhältnisses nach § 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW übertragen lassen.

§ 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW n.F. enthält anders als die Vorläuferbestimmung in § 13 ÖPNVG NRW a.F. keinen Verweis mehr auf § 2 Abs. 1 Nr. 6 GVFG. Es liegt nunmehr im Ermessen jedes ÖPNV-Aufgabenträgers, ob und in welcher Höhe er eine Fahrzeugförderung über § 11 Abs. 2 Satz 5 ÖPNVG NRW vornehmen möchte. Damit kommt eine Fahrzeugförderung über § 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW nicht mehr unterschiedslos für alle Verkehrsunternehmen, sondern nur noch für solche Verkehrsunternehmen in Betracht, die Personenbeförderungsleistungen im Gebiet eines Aufgabenträgers erbringen wollen, welcher sich zu einer Fahrzeugförderung im Rahmen seiner Zuwendungen aus der ÖPNV-Pauschale entschieden hat.

Eine Förderung nach § 11 Abs. 2 Satz 5 ÖPNVG kommt auch nicht unterschiedslos allen Unternehmen unabhängig von ihrer Tätigkeit zugute. Vielmehr hat der Gesetzgeber in § 11 Abs. 2 Satz 5 ÖPNVG NRW den Kreis der Zuwendungsempfänger auf öffentliche und private Verkehrsunternehmen beschränkt. Dies können - wie oben dargelegt - nur Unternehmen sein, die nach § 2 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 i.V.m. § 3 Abs. 2 PBefG Unternehmer oder Betriebsführer sind und über eine personenbeförderungsrechtliche Genehmigung verfügen. Subunternehmen kommen als Zuwendungsempfänger hingegen nicht in Betracht.

Zudem dürfte im Rahmen der ÖPNV-Pauschale eine Fahrzeugförderung für den Aufgabenträger nicht ohne Ermessensentscheidungen sinnvoll durchführbar sein. Dies gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass die dem Aufgabenträger aus der ÖPNV-Pauschale jährlich zur Verfügung stehenden Mittel über das Berechnungsverfahren nach § 11 Abs. 2 Sätze 2 und 3 ÖPNVG NRW der Höhe nach begrenzt sind. Hingegen ist unklar, wie viele Förderanträge und in welcher Höhe beim Aufgabenträger pro Jahr eingehen werden. Der Aufgabenträger wird deshalb die Höhe seiner Fahrzeugförderung im Einzelfall von der Höhe der bis zu einem bestimmten Stichtag beantragten Fördermittel abhängig machen müssen, will er nicht riskieren, zu den ihm vom Land gewährten Mitteln nach § 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW zusätzlich noch eigene Finanzmittel beisteuern zu müssen. Er wird bei einer hohen Anzahl an Anträgen die Förderquote senken müssen, bei einer geringen Anzahl an Anträgen hingegen die Förderquote erhöhen können. Ohne die Einräumung eines gewissen eigenen Handlungsspielraums in Form eines Ermessens dürfte der Aufgabenträger hier kaum zu praktikablen Lösungen kommen.

Im Ergebnis spricht viel dafür, dass eine Fahrzeugförderung im Rahmen des sekundären Zuwendungsverhältnisses eine selektive Maßnahme des Aufgabenträgers darstellt, so dass ein Vorteil für das begünstigte Unternehmen nicht ausgeschlossen wird und eine Beihilfe vorliegen kann.

2) Beihilfen im Bereich der Daseinsvorsorge

Es war lange Zeit umstritten, ob Zuschüsse der öffentlichen Hand an Unternehmen, die Leistungen der Daseinsvorsorge erbringen, stets als Beihilfe zu qualifizieren sind (sog. Brutto-Ansatz) oder nur, wenn das Unternehmen dadurch einen Vorteil erlangt (sog. Netto-Ansatz). Im Urteil „Altmark-Trans“ vom 24.07.2003 (Rs. C-280/00) ist der EuGH weitgehend dem Netto-Ansatz gefolgt. Der EuGH wies zunächst darauf hin, dass staatliche Maßnahmen nur dann staatliche Beihilfen im Sinne des EGV darstellen, wenn sie als „Vorteil“ für das begünstigte Unternehmen angesehen werden können, den es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte. Der EuGH konkretisierte das Tatbestandsmerkmal des Vorteils in negativer Hinsicht. Nach Auffassung des EuGH liegt ein „Vorteil“ *nicht* vor, wenn eine staatliche finanzielle Maßnahme lediglich als Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen die Maßnahme zugute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht wird. Ein derartiger Ausgleich ist im konkreten Fall dann *keine* staatliche Beihilfe, wenn vier Voraussetzungen, die der EuGH in den Gründen des Urteils vom 24.07.2003 selbst aufgestellt hat, erfüllt sind.

- (1) Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein.
- (2) Die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent festzulegen.
- (3) Der Ausgleich darf nicht über das Maß hinausgehen, das erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtung ganz oder teilweise zu decken.
- (4) Für den konkreten Fall, dass das Unternehmen, welches mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, nicht im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung ausgewählt wird, mit der sich derjenige Bewerber ermitteln ließe, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen mit Produktionsmitteln ausgestattetes Unternehmen hätte.

Liegen diese vier Kriterien vor, kann das Tatbestandsmerkmal der Gewährung eines Vorteils i.S.d. Art. 87 EGV verneint werden. Im Ergebnis handelt es sich bei der Maßnahme dann nicht um eine Beihilfe (sog. Tatbestandslösung). In der Konsequenz entfällt die Notifizierungspflicht gemäß Art. 88 Abs. 3 EGV. Werden also bei Zuwendung der Mittel aus der ÖPNV-Pauschale die folgenden vier Kriterien beachtet, kann eine beihilfekonforme Förderung im sekundären Zuwendungsverhältnis auch gegenüber Verkehrsunternehmen, die eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen erbringen, erreicht werden.

Zu (1): Betrauung mit klar definierten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen

Die Leistung muss zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden, so dass das Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten hat und die genannte Maßnahme keine wettbewerbliche Besserstellung gegenüber den mit ihm im Wettbewerb stehenden Unternehmen bedeutet.

Welchen Rechtscharakter der Betrauungsakt zwischen dem ÖPNV-Aufgabenträger und dem Verkehrsunternehmen haben muss, ist von der Rechtsprechung noch nicht endgültig geklärt. Der EuGH hat jedoch klargestellt, dass der Betrauungsakt nicht in einer gesonderten Rechtsvorschrift niedergelegt sein muss. Die Betrauung braucht auch nicht zwingend durch einen hoheitlichen Akt des Aufgabenträgers zu erfolgen, sondern eine vertragliche Konstruktion kann für eine wirksame Betrauung genügen.

Bei der Festsetzung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen hat der Aufgabenträger einen gewissen Spielraum. Die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen müssen aber unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten so gewählt werden, dass sie eine zusätzliche Leistung (ein „Mehr“) gegenüber dem qualitativen oder quantitativen Standard darstellen, wie er ohne die Förderung bestünde. Dieser Standard dürfte in etwa dem entsprechen, der im Rahmen einer Ausschreibung ohne Zusatzförderung erzielbar wäre.

Umgekehrt kann eine Förderung insoweit aber auch dann beihilfekonform sein, wenn nachweislich ohne die Förderung ein Absinken des bestehenden Standards eintreten würde.

Qualitative Standards, die eine solche zusätzliche Förderung rechtfertigen, können sein:

- die Förderung bestimmter Umweltstandards (Kohlendioxidausstoß, besonders umweltfreundliche Antriebsarten etc.)
- die Förderung bestimmter Ausstattungen der Fahrzeuge (z.B. Qualität, Inneneinrichtungen, Kneeling, Klimaanlage etc.)
- die Förderung bestimmter Fahrzeugtypen (z.B. Mindestanzahl, Quote)

- Flottenalter/ Alter bestimmter Fahrzeugtypen (Quote, Höchstalter).

Soweit die Förderung etwa über eine Richtlinie erfolgt, kann die Gewährleistung der zusätzlichen Leistung (das „Mehr“ an Leistung) über ein aufgegliedertes abgestuftes Anforderungsprofil erfolgen.

Neben den Grundanforderungen (Geräusentwicklung, optische Anzeigen usw. im Bereich der Fahrzeugförderung) werden dann im Folgenden die speziellen Voraussetzungen, z.B. für Niederflurbusse, definiert.

Quantitative Standards, die eine solche zusätzliche Förderung rechtfertigen, können sein:

- Kürzere Taktzeiten
- Einsatz größerer Fahrzeuge
- Gebietserweiterung / Streckenverkürzung / neue Haltestellen usw.
- die Anwendung bestimmter Tarife

Die einzelnen qualitativen und quantitativen Förderkriterien können dabei auch kombiniert werden.

Zu (2): Vorherige objektive und transparente Aufstellung der Ausgleichsparameter

Die Parameter aufgrund derer die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen dem Unternehmen durch die Fördergelder des Aufgabenträgers ausgeglichen werden, müssen ex ante (also vor Einsetzen der Förderung) objektiv und transparent aufgestellt sein.

Notwendig ist dazu eine ex-ante Definition der Förderkriterien, z.B. im Bereich der Förderung des Einsatzes neuer besonders komfortabler, behindertengerechter oder umweltschonender Fahrzeuge. Gleiches gilt für die Verpflichtung zur Anwendung besonderer verbilligter Tarife und den dafür dem Unternehmen zu gewährenden Ausgleich. Diese vorherige Festlegung der Förderkriterien wie auch der Höhe der Förderleistungen ist als eine der wesentlichen Erfordernisse nach der Altmark-Trans-Rechtsprechung des EuGH zur Herstellung der Beihilfekonformität anzusehen. Bei der Förderung nach der ÖPNV-Pauschale darf es sich nicht um einen nachträglichen Ausgleich von Verlusten von Verkehrsunternehmen handeln, sondern es muss um einen Zuschuss für zukünftige Leistungen, mit denen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen erfüllt werden, gehen.

Im Rahmen der Ausgestaltung von Förderrichtlinien (oder auch einer Satzung) sollten hier genaue Festlegungen der Förderbedingungen erfolgen. So können für die einzelnen Fahrzeugtypen Äquivalenzziffern aufgestellt werden und sowohl der genaue Ablauf des Förderverfahrens als auch der Kriterienkatalog in einer Anlage zur Förderrichtlinie auf die speziellen Bedarfe hin geregelt werden.

Entscheidend ist, dass die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ebenso wie die Förderkriterien ex ante objektiv und in transparenter Weise definiert werden. Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung des EuGH zum Objektivitäts- und Transparenzerfordernis sind die o.g. Feststellungen zum Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes zu modifizieren.

Nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes und der Wesentlichkeitstheorie muss der Gesetzgeber im Rahmen der Leistungsverwaltung nicht alles selbst gesetzlich regeln, sondern kann sich auf Regelungen zu den wesentlichen Punkten beschränken. Die Ausgestaltung der Förderung im Einzelnen darf Sache der Verwaltung sein. Diese braucht die Details der Förderung nicht in einem materiellen Gesetz, wie einer kommunalen Satzung, sondern darf sie auch in Förderrichtlinien festlegen.

Solche Richtlinien haben jedoch nur eine verwaltungsinterne Bindung und weisen keine direkte Außenwirkung gegenüber dem Bürger auf. Sie unterliegen nicht den besonderen Publizitätsgeboten (Veröffentlichungspflichten in Amtsblättern), die nur für materielle Gesetze wie Rechtsverordnungen oder Satzungen gelten. Damit ist zweifelhaft, ob die Festlegung der Förderkriterien und -höhe im Einzelnen in Förderrichtlinien dem Transparenzgebot des EuGH genügt.

Um dem Transparenzerfordernis nachzukommen, scheint eine Veröffentlichung der Förderrichtlinien mit den vom Aufgabenträger gewählten Förderkriterien in derselben Weise wie bei materiellen Gesetzen unumgänglich. Werden die Einzelheiten der Förderkriterien hingegen in einer Satzung festgelegt (wie beim Wittenberger Modell) ist wegen der Publizitätspflichten bei Inkrafttreten einer Satzung das Transparenzgebot erfüllt. Entsprechendes gilt auch für die Änderung der Förderkriterien. Zusätzlich kann eine Aufnahme der Kriterien in den Nahverkehrsplan erfolgen.

Wenn auf Grundlage solch transparenter Förderkriterien schließlich eine Mittelzuwendung an ein Verkehrsunternehmen erfolgt, sollte das Verkehrsunternehmen durch Vertrag oder mit Zuwendungsbescheid ausdrücklich mit der Erbringung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen auf Grundlage der Förderkriterien betraut werden.

Zudem verlangt das Objektivitätsgebot, dass die Förderkriterien und die Voraussetzungen für ihre Erfüllung für außerhalb der Verwaltung stehende Unternehmen nachvollziehbar sein müssen. Damit dürfte es erforderlich sein, nicht nur die Förderkriterien, sondern auch das zur Erlangung der Fördermittel durch den Aufgabenträger gewählte und vom Unternehmen einzuhaltende Verfahren (Antragstellung, einzureichende Unterlagen, Beachtung von Fristen, Verfahren bei Überzeichnung der Fördermittel usw.) in die transparenten Förderrichtlinien bzw. in eine Fördersatzung mit aufzunehmen. Das Verfahren muss dabei ebenso wie die Förderkriterien ex ante festgelegt werden, damit sich alle Unternehmen darauf einstellen können.

Zu (3): Keine Überkompensation

Der Ausgleich durch den Aufgabenträger darf nicht über das Maß hinausgehen, das - auch unter Einbeziehung bereits bestehender Ausgleichsleistungen - erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtung ganz oder teilweise zu decken. Eine Überkompensation des Förderziels muss sowohl auf der Einnahmen- wie auf der Ausgabenseite ausgeschlossen sein.

Die gewährte Ausgleichsleistung muss der Höhe nach und in ihrer Zahlungsmodalität so festgelegt werden, dass sie einen Ausgleich für die Erfüllung der durch die Gemeinwohlverpflichtung vorgegebenen qualitativen und quantitativen Standards darstellt. Über diese Nettobelastung darf der Ausgleich nicht hinausgehen. Ein vorher festgelegter Ausgleichsparameter kann dabei z.B. ein fahrleistungsbezogener Zuschlag pro Streckenkilometer oder ein bestimmter Prozentsatz vom Preis für jede tatsächlich verkaufte Einzelfahrkarte sein. Je unbestimmter der Parameter ist, desto wesentlicher ist die vorherige Festlegung der maximalen Ausgleichshöhe.

Um eine Überkompensation beihilferechtlich wirksam zu vermeiden, sollten in die vertragliche Verpflichtung mit den Verkehrsunternehmen oder in eine mögliche Fördersatzung oder in den auf Grund einer Fördersatzung oder auf Grund von transparenten Förderrichtlinien ergehenden Zuwendungsbescheid Rückzahlungsverpflichtungen für den Fall der Überkompensation aufgenommen werden. Zur Sicherung einer möglichen Rückzahlungsverpflichtung wird beihilferechtlich verlangt, dass der Aufgabenträger über eine vertragliche Regelung oder über Nebenstimmungen im Zuwendungsbescheid angemessene Kontrollrechte bei dem Verkehrsunternehmen ausüben kann. Hier könnte z.B. festgelegt werden, dass das Unterneh-

men Unterlagen (entweder auf Aufforderung oder zu einem bestimmten Termin von sich aus) vorlegen muss, aus denen die Anzahl der tatsächlich verkauften Einzelfahrscheine hervorgeht. Damit können auf Schätzwerten basierende Abschlagsvorauszahlungen des Aufgabenträgers nachträglich im Wege einer Spitzabrechnung so korrigiert werden, dass das Unternehmen nur die Ausgleichsmittel für die tatsächlich verkauften verbilligten Einzelfahrscheine erhält. Weiterhin dürfte erforderlich sein, dass das Verkehrsunternehmen über die Beibringung entsprechender Mittelverwendungsnachweise oder Testate die zweckgemäße Verwendung der Mittel während der gesamten Zweckbindungsfrist belegt. Letzteres dürfte bei einer Fahrzeugförderung bedeutsam sein.

Eine weitere Möglichkeit, diese formalen Voraussetzungen rechtsfest zu erfüllen, ist die Einbeziehung der Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P) in die Richtlinien oder den Zuwendungsbescheid. Diese enthalten ausdrückliche Regelungen etwa zur Prüfung oder Erstattung der Verwendung wie auch zur Rückzahlung. Im Einzelfall ist aber zu prüfen, ob einzelne Regelungen der ANBest-P etwa im Bereich des Vergaberechts für nicht anwendbar zu erklären sind.

Bei Einschaltung eines Drittunternehmens (Subunternehmens) durch das geförderte Verkehrsunternehmen sollte das Verkehrsunternehmen unmittelbar vertraglich oder durch entsprechende Nebenbestimmungen im Zuwendungsbescheid verpflichtet werden, die entsprechenden Kriterien, insbesondere die vorgegebenen qualitativen oder quantitativen Standards, bei der Unterauftragsvergabe zu beachten. Das geförderte Verkehrsunternehmen muss dann im Rahmen seiner mit dem Subunternehmer bestehenden Verträge verpflichtend eine entsprechende rechtliche Ausgestaltung zur Durchsetzung der vorgegebenen Standards vereinbaren, z.B. sich Unterlagen über verkaufte Fahrscheine aushändigen lassen. Zugleich muss klargestellt werden, dass gegenüber dem Aufgabenträger weiterhin das geförderte Unternehmen verantwortlich ist. Erfüllt der Subunternehmer nicht die vom geförderten Unternehmen geforderten Standards, fällt dieser Umstand gegenüber dem Aufgabenträger in den Verantwortungsbereich des geförderten Unternehmens. Das geförderte Unternehmen darf durch die Einschaltung eines Subunternehmers nicht aus seinen Verpflichtungen entlassen werden.

Zu (4): Vergleich mit Durchschnittsunternehmen

Nach dem vierten Kriterium ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen mit Produktionsmitteln ausgestattetes Unternehmen hätte. Es muss also die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage eines hypothetischen Vergleichs mit den Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens berechnet werden. Dabei handelt es sich um einen objektiven Vergleichsmaßstab; es kommt nicht auf die betriebsindividuellen Kosten des Unternehmens an, welches die Zuwendung erhalten soll. Die Beachtung des vierten Kriteriums ist nicht notwendig, wenn der Zuwendungsempfänger im Wege einer Ausschreibung ermittelt wird.

Die Feststellung, ob der Zuwendungsempfänger ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen ist, lässt sich nur aufgrund einer umfassenden Analyse der unternehmensinternen Daten bzw. der Erstellung eines entsprechenden Berechnungsgutachtens treffen. Hierzu sind in der Praxis seit dem EuGH-Urteil vom 24.07.2003 („Altmark Trans“) verschiedene Verfahren entwickelt worden. Der Aufgabenträger wird deshalb, wenn die Fördermittel ohne eine Ausschreibung vergeben werden sollen, von den Zuwendungsempfängern die Vorlage einer Bescheinigung fordern müssen, in der testiert wird, dass das Unternehmen als durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen anzusehen ist. Zu beachten ist, dass diese Testierung zeitlich nicht unbeschränkt gelten kann, sondern immer wieder (z.B. alle fünf Jahre) aktualisiert werden muss. Der Aufgabenträger hat im sekundären Zuwendungsverhältnis sicherzustellen, dass der Zuwendungsempfänger dieser Aktualisierungspflicht ihm gegenüber nachkommt.

B. Handlungsoptionen und Verfahrensvorschläge zur zukünftigen Rechtslage

Anders als die VO 1191 räumt die VO 1370 den Mitgliedstaaten keine Möglichkeit ein, Unternehmen, deren Tätigkeit sich auf den Betrieb von Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdiensten beschränkt, vom ihrem Anwendungsbereich auszunehmen. Die VO 1370 gilt grundsätzlich für alle Personenverkehre auf der Schiene und Straße.

I. Öffentlicher Dienstleistungsauftrag oder allgemeine Vorschrift

Die Unterscheidung zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen wird deshalb ab Inkrafttreten der VO 1370 zum 03.12.2009 entfallen. Zukünftig wird zunächst die Frage zu klären sein, ob die Festlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen und die Gewährung von Ausgleichsmitteln im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 lit. i) VO 1370) oder im Rahmen einer allgemeinen Vorschrift (Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 2 lit. l) VO 1370) erfolgen soll. Eine Wahlmöglichkeit besteht aber nur insoweit, als es um die Festlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen zur Festsetzung von Höchsttarifen für alle Fahrgäste oder bestimmte Gruppen von Fahrgästen geht. Alle anderen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen können nur Gegenstand eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags sein.

Soweit also der Aufgabenträger (Stadt/Kreis) in Erwägung zieht, etwa den Preis für Einzelfahrkarten für bestimmte noch zu definierende Personengruppen oder das gesamte Tarifniveau für alle Fahrgäste abzusenken, wäre neben der Möglichkeit, dies mit den verschiedenen Unternehmen im Rahmen öffentlicher Dienstleistungsaufträge zu regeln auch an eine allgemeine Vorschrift zu denken. In Art. 2 lit. l) VO 1370 wird eine allgemeine Vorschrift als eine Maßnahme definiert, die diskriminierungsfrei für alle öffentlichen Personenverkehrsdienste derselben Art in einem bestimmten geografischen Gebiet, das im Zuständigkeitsbereich der zuständigen Behörde liegt, gilt. Hier ist beispielsweise an eine kommunale Satzung als Gesetz im materiellen Sinne zu denken. Das Wort „Maßnahme“ dürfte aber weiter zu interpretieren sein. In Erwägungsgrund 5 wird es so verstanden, dass eine Maßnahme der zuständigen Behörde die Möglichkeit einräumt, die Erbringung von Personenverkehrsdiensten, die im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse erforderlich sind, aber nicht kommerziell betrieben werden können, sicherzustellen. Eine Maßnahme ist daher für die zuständige Behörde ein Interventionsmittel auf dem Markt für ÖPNV-Leistungen. Dazu muss eine Maßnahme nicht zwingend ein Gesetz im materiellen Sinne sein. Es spricht daher viel dafür auch den Nahverkehrsplan oder Förderrichtlinien als Maßnahmen und damit allgemeine Vorschriften i.S.v. Art. 2 lit. l) VO 1370 zu qualifizieren. Zu beachten ist jedoch, dass aus dem Gebot der Diskriminierungsfreiheit ein hohes Maß an Objektivität, Gleichbehandlung und Transparenz der Maßnahme folgt. Zur Transparenz von Förderrichtlinien insbesondere durch die Pflicht, diese öffentlich zugänglich zu machen, kann auf die Ausführungen oben zur aktuellen Rechtslage verwiesen werden.

Allgemeine Vorschriften sind nach Art. 3 Abs. 2 VO 1370 nur zulässig zur Festsetzung von Höchsttarifen für alle Fahrgäste oder bestimmte Gruppen von Fahrgästen. Dabei stellt sich die Frage, was unter einem Höchsttarif zu verstehen ist. Eine Höchsttariffestsetzung kann absolut geschehen (z.B. 1,00 EUR) oder auch relativ (z.B. eine bestimmte Gruppe von Fahrgästen erhält eine Ermäßigung von z.B. 20 % auf den jeweils aktuellen Preis eines Einzelfahrscheins).

In jedem Fall sollte bei der Festsetzung von Höchsttarifen bedacht werden, dass der vom Aufgabenträger den Unternehmen auszugleichende Betrag in seiner Gesamthöhe erst im Nachhinein (nach Vorliegen der Anzahl der verkauften Einzelfahrscheine) endgültig feststeht, während der dem Aufgabenträger nach § 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW zur Verfügung stehende Betrag aus der ÖPNV-Pauschale der Höhe nach begrenzt ist. Schwer zu kalkulieren sind im

Voraus insbesondere Effekte, die durch eine Änderung des Kaufverhaltens der Fahrgäste auf Grund der verbilligten Einzelfahrscheine eintreten können. So könnten aus der Gruppe der Fahrgäste, die die Ermäßigung in Anspruch nehmen dürfen, verstärkt statt Zeitkarten die verbilligten Einzelfahrscheine erworben werden. In jedem Fall besteht aber die Verpflichtung des Aufgabenträgers aus der allgemeinen Vorschrift, die den Unternehmen durch die verbilligten Einzelfahrscheine entstandenen Einnahmeverluste auszugleichen. Hier scheint die Einkalkulierung eines „Sicherheitspuffers“ für den Aufgabenträger zweckmäßig.

II. Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags

Die zweite zu klärende Frage ist die nach der Art der Vergabe des öffentlichen Dienstleistungsauftrags. Bei allgemeinen Vorschriften ist dieser Punkt nicht relevant, da allgemeine Vorschriften diskriminierungsfrei für alle öffentlichen Personenverkehrsdienste derselben Art in einem bestimmten geografischen Gebiet, das im Zuständigkeitsbereich der zuständigen Behörde liegt, gelten.

1. Der Vorrang des allgemeinen europäischen Vergaberechts

Vorab wird bei der Erbringung von Leistungen im Bus- und Straßenbahnverkehr geprüft werden müssen, inwieweit das allgemeine europäische Vergaberecht nach Art. 5 Abs. 1 VO 1370 zu den Vergabebestimmungen der VO 1370 in Art. 5 Abs. 2 bis 4 VO 1370 vorrangig ist. Entscheidend ist dabei, welchen Rechtscharakter der öffentliche Dienstleistungsauftrag hat. Nur bei einem Vertrag kann der Vorrang des Vergaberechts einschlägig sein, da die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG nur die Auftragsvergabe in Form von Verträgen umfassen.

Jedoch werden nicht alle Verträge vom Vorrang des allgemeinen europäischen Vergaberechts erfasst. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 VO 1370 legt fest, dass Dienstleistungskonzessionen nach der VO 1370 zu vergeben sind. Das allgemeine europäische Vergaberecht gilt für Dienstleistungskonzessionen nicht. Die Richtlinie 2004/18/EG definiert Dienstleistungskonzessionen in Art. 1 Abs. 4 als Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Art. 1 Abs. 3 lit. b) der Richtlinie 2004/17/EG lautet fast wortgleich.

Es wird demnach zu klären sein, ob ein Vertrag, bei dem der ÖPNV-Betreiber eine im voraus definierte und der Höhe nach festgelegte Ausgleichsleistung erhält, ansonsten jedoch das volle Einnahmen- und Kostenrisiko trägt, aber auch alle wirtschaftlichen Chancen innehat, eine Dienstleistungskonzession ist. Die Rechtsprechung nimmt eine solche regelmäßig dann an, wenn der Dienstleistungserbringer das Durchführungs- bzw. Betriebsrisiko für die Dienstleistung übernimmt und die Höhe seiner Gesamtvergütung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch ungewiss ist. Solche Verträge werden im ÖPNV üblicherweise als Nettoverträge bezeichnet. Bei Nettoverträgen wird deshalb geprüft werden müssen, ob deren Vergabe der VO 1370 unterliegt. Entscheidend ist nicht die Bezeichnung eines Vertrags als Nettovertrag, sondern die tatsächliche Risikoverteilung im Einzelfall. Umgekehrt werden Bruttoverträge, die dadurch gekennzeichnet sind, dass der ÖPNV-Betreiber kein Einnahmenrisiko trägt, nicht den Charakter von Dienstleistungskonzessionen annehmen können. Die Vergabe von Bruttoverträgen wird sich deshalb nach dem allgemeinen europäischen Vergaberecht vollziehen.

2. Vergabe nach der VO 1370

Öffentliche Dienstleistungsaufträge können, aber müssen nicht vertraglichen Charakter haben. Art. 2 lit. i) VO 1370 lässt ein sehr weites Spektrum zu. Öffentliche Dienstleistungsauf-

träge können auch die Form eines Gesetzes oder einer Verwaltungsregelung für den Einzelfall haben (1. Spiegelstrich) oder in einer Entscheidung der zuständigen Behörde bestehen, die die Bedingungen enthält, unter denen die zuständige Behörde die ÖPNV-Dienstleistungen selbst erbringt oder einen internen Betreiber mit der Erbringung der Dienstleistungen betraut (2. Spiegelstrich). Ebenso wie für Dienstleistungskonzessionen erfolgt für alle diese Fälle die Vergabe des öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach Art. 5 Abs. 2 bis 4 VO 1370.

Richtet sich die Vergabe des öffentlichen Dienstleistungsauftrags nach der VO 1370, muss geklärt werden, welche Art der Vergabe nach Art. 5 Abs. 2 bis 4 VO 1370 in Betracht kommt. Art. 5 Abs. 3 VO 1370 regelt die wettbewerbliche Vergabe, Art. 5 Abs. 2 und Abs. 4 VO 1370 enthalten zwei Möglichkeiten zu einer Direktvergabe i.S.v. Art. 2 lit. h) VO 1370.

Kennzeichen der Direktvergabe ist, dass der öffentliche Dienstleistungsauftrag an einen bestimmten Betreiber vergeben werden kann, ohne dass vorher ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchgeführt werden muss.

Art. 5 Abs. 4 VO 1370 lässt für kleinere Aufträge und solche Aufträge, die an ein kleines oder mittleres Unternehmen vergeben werden, eine Direktvergabe zu. Es empfiehlt sich deshalb zu prüfen, ob solche Fälle im Gebiet des Aufgabenträgers relevant sein können und die in Art. 5 Abs. 4 VO 1370 genannten Grenzwerte im konkreten Fall nicht überschritten werden. Zu beachten ist Erwägungsgrund 23 der VO 1370. Demnach ist es den zuständigen Behörden verwehrt, Kleinaufträge als auch Aufträge an kleine und mittlere Unternehmen so aufzuteilen, dass durch ein bewusstes Unterschreiten der Grenzwerte eine Direktvergabe eröffnet und ein wettbewerbliches Vergabeverfahren umgangen wird.

Gemäß Art. 5 Abs. 2 VO 1370 kann jede zuständige örtliche Behörde, sofern das nationale Recht ein solches nicht untersagt, beschließen, eine ÖPNV-Leistung selbst zu erbringen oder an einen internen Betreiber direkt zu vergeben. Nach Art. 2 lit. j) VO 1370 wird unter einem internen Betreiber eine eigenständige juristische Person verstanden, über die die zuständige Behörde eine Kontrolle ausübt, die der über ihre eigenen Dienststellen entspricht.

III. Inhalt öffentlicher Dienstleistungsaufträge und allgemeiner Vorschriften

Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 VO 1370 stellt an alle öffentlichen Dienstleistungsaufträge und an allgemeine Vorschriften inhaltliche Mindestanforderungen. Diese gelten unabhängig davon, ob eine wettbewerbliche Vergabe oder eine Direktvergabe erfolgt. Die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und die geographischen Geltungsbereiche sind gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. a) VO 1370 klar zu definieren. Gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b) VO 1370 sind die Parameter für Ausgleichsleistungen objektiv und transparent zu definieren. Übermäßige Ausgleichsleistungen sind zu vermeiden. Weiterhin ist in einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder allgemeinen Vorschrift nach Art. 4 Abs. 1 lit. c) und Abs. 2 VO 1370 die Aufteilung der Kosten und Einnahmen festzulegen.

Bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen ermöglicht Art. 4 Abs. 5 und 6 VO 1370 es den zuständigen Behörden, bestimmte Sozial- und Qualitätsstandards in einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag einzubeziehen. Erwägungsgrund 17 führt hierfür Beispielfälle an. Schließlich ist bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nach Art. 4 Abs. 7 Sätze 1 und 4 VO 1370 anzugeben, ob, in welchem Umfang und zu welchen Bedingungen Unteraufträge vergeben werden können. Gemäß Art. 4 Abs. 7 Satz 2 VO sind Unteraufträge grundsätzlich nur beschränkt möglich. Der Betreiber soll einen bedeutenden Teil der Personenverkehrsdienste selbst erbringen. Uneingeschränkt sind Unteraufträge nach Art. 4 Abs. 7 Satz 3 nur bei solchen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen möglich, die gleichzeitig Planung, Aufbau und Betrieb öffentlicher Personenverkehrsdienste umfassen.

Bei einer Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags hat die zuständige Behörde, wie Erwägungsgrund 27 zeigt, besonders darauf zu achten, dass die Ausgleichsleistung angemessen ist. Art. 4 Abs. 1 lit. b) Satz 2 VO 1370 enthält für Direktvergaben deshalb zusätzliche inhaltliche Mindestvorgaben. Die Ausgleichsleistung darf gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. b) Satz 2 VO 1370 den Betrag nicht übersteigen, der erforderlich ist, um die finanziellen Nettoauswirkungen auf die Kosten und Einnahmen zu decken, die auf die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen durch den Betreiber zurückzuführen sind. Die vom Betreiber erzielten und einbehaltenen Einnahmen sowie ein angemessener Gewinn des Betreibers dürfen hierbei berücksichtigt werden. Hinsichtlich der Berechnung der Ausgleichsleistung verweist Art. 6 Abs. 1 Satz 2 VO 1370 auf den Anhang zur VO 1370. Ziel ist die Ermittlung des finanziellen Nettoeffekts.

Die zusätzlichen inhaltlichen Anforderungen in Art. 6 Abs. 1 Satz 2 VO 1370 i.V.m. dem Anhang gelten nicht nur bei Direktvergaben, sondern auch, wenn die Ausgleichsleistung im Zusammenhang mit einer allgemeinen Vorschrift im Sinne von Art. 2 lit. I) VO 1370 gewährt werden soll.

Die VO 1370 folgt mit diesen Kriterien grundsätzlich den vom EuGH in der Altmark Trans-Entscheidung vom 24.07.2003 aufgestellten Grundsätzen. Gleichwohl besteht eine erhebliche Abweichung. Im Gegensatz zum vierten EuGH-Kriterium bildet den Maßstab, an dem die Ausgleichsleistung zu messen ist, nicht ein durchschnittliches, gut geführtes Verkehrsunternehmen, sondern nach Nr. 2 des Anhangs der konkrete Betreiber. Der objektive Maßstab des durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens ist damit durch einen subjektiven Maßstab, der auf das konkrete Unternehmen abstellt, ersetzt worden. Zu vergleichen ist die Situation bei Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen mit der Situation, die vorläge, wenn die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung nicht erfüllt worden wäre.

Nach Nr. 7 des Anhangs zur VO 1370 muss die Ausgleichsleistung einen Anreiz zur Aufrechterhaltung oder Entwicklung einer wirtschaftlichen Geschäftsführung des Betreibers und zur Erbringung von Personenverkehrsdiensten in ausreichend hoher Qualität geben. Die Aufrechterhaltung oder Entwicklung einer wirtschaftlichen Geschäftsführung hat dabei objektiv nachprüfbar zu sein. Dadurch wird der rein subjektive Maßstab des konkreten Unternehmens durch das objektiv nachprüfbare Kriterium der wirtschaftlichen Geschäftsführung modifiziert.

Durch die Einhaltung aller Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 Satz 2 VO 1370 und des Anhangs zur VO 1370 können, wie Erwägungsgrund 28 klarstellt, die zuständige Behörde als auch der Betreiber beweisen, dass eine übermäßige Ausgleichszahlung vermieden wurde.

Werden die o.g. Vorgaben des Art. 4 VO 1370 bzw. die zusätzlichen Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 Satz 2 VO 1370 i.V.m. dem Anhang beachtet, entfällt gemäß Art. 9 Abs. 1 Satz 2 VO 1370 die Notifizierungspflicht für die Ausgleichsleistungen nach Art. 88 Abs. 3 EGV. Auf diese Weise kann eine beihilfekonforme Finanzierung des ÖPNV auch unter dem neuen Rechtsregime der VO 1370 ab 03.12.2009 sichergestellt werden.

IV. Teil: Praxis-Leitfaden für die Abfassung der Förderrichtlinie

Zu empfehlen ist aus unserer Sicht, von vorne herein eine Finanzierungsform zu wählen, *die mittel- und langfristig zukunftsfähig* ist. Dabei muss nach unserer Untersuchung davon ausgegangen werden, dass die Vergabe der Mittel nach § 11 Abs. 2 ÖPNVG beihilfekonform auszugestalten ist. Der zukünftige Rechtsrahmen bestimmt sich durch die EG-Verordnung 1370, die am 03.12.2009 in Kraft treten wird. Die unmittelbar wirkende Verordnung verlangt, unabhängig von der Frage, ob die Mittel durch eine Direktvergabe oder im Wege eines wettbewerblichen Verfahrens vergeben werden, transparente Leistungsbeziehungen zwischen dem Aufgabenträger und dem Verkehrsunternehmen.

Für das Verfahren ergibt sich daher folgende Vorgehensweise, die in besonderer Weise der Anforderung nach Transparenz, aber auch der Praktikabilität der Umsetzung, Rechnung tragen soll.

A. Definition der Förderziele und Förderkriterien

Zunächst sind die Einzelpunkte des Zielzustands zu definieren, um danach die Förderrichtlinie auszurichten. Definierte Ziele können z.B. sein:

Verwendung der Pauschale für die die Fahrzeugförderung, insbesondere im Bereich der behindertengerechten Ausstattung, Senkung des Durchschnittsalters der Fahrzeugflotte und Senkung der Tarife für Einzelfahrkarten entweder für alle Fahrgäste oder für einzelne näher zu definierende Gruppen von Fahrgästen. Weitere Förderziele können definiert werden. Wichtig ist in jedem Fall die Festlegung der Förderkriterien. Es muss klar sein, wer, unter welchen Voraussetzungen und in welchem zeitlichen Rahmen Anträge auf Förderung stellen kann.

B. Beschluss des Kreistages über Fördersatzung/ Ansatz im Haushaltsplan

Hier stellt sich die Frage nach dem geeigneten Förderinstrument. Als Förderinstrument kommen Verkehrsverträge, Förderrichtlinien oder eine Fördersatzung in Betracht.

Verkehrsverträge werden üblicherweise nach Ausschreibungen geschlossen, die bei gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen gesetzlich vorgeschrieben sind. Dieser Weg beruht auf erprobten gesetzlichen Grundlagen, ist verfahrensrechtlich klar geregelt, relativ rasch umzusetzen und rechtlich mit wenig Problemen verbunden.

Sinnvoll könnte eine *Fördersatzung* mit einer mehrstufigen Erprobungsphase und der Möglichkeit zum Nachsteuern der Satzung sein. Eine Fördersatzung bietet wegen der Publizitätspflichten ein besonderes Maß an Transparenz und Gewährleistung der Diskriminierungsfreiheit. Diese Voraussetzungen können aber auch gewährleistet werden, wenn neben dem Ansatz der Fördermittel im Haushaltsplan die vom Kreistag beschlossenen Förderkriterien in *Förderrichtlinien* verankert und die Richtlinien veröffentlicht werden. Für den Weg über die Förderrichtlinie spricht, dass eine typisch zuwendungsrechtliche Situation vorliegt, da das vom Land aus dem Fördertopf erhaltene Geld an mehrere Zuwendungsempfänger verteilt werden soll. Auf diese Erfahrungen aus dem Zuwendungsrecht lässt sich effektiv zurückgreifen, auch wenn speziell für den Bereich des § 11 Abs. 2 ÖPNVG selbst hier noch wenige Erfahrungen über einen längeren Finanzierungszeitraum vorliegen. Da Förderrichtlinien/-satzungen das adäquate Instrument für die zuwendungsrechtlich notwendigen Regelungen im Rahmen von § 11 Abs. 2 ÖPNVG sind und ein besonderes Maß an Transparenz und Gleichbehandlung bieten, sollte u.E. der Weg über eine Förderrichtlinie/-satzung, auf deren Grundlage die Mittel nach Antrag zugewendet werden, gewählt werden. Dabei würden wir zwischen Fördersatzung und Förderrichtlinie der Richtlinie den Vorzug geben, da sie als Rechtsinstrument flexibler, weniger formalisiert und damit auch weniger angreifbar ist. Die Förderrichtlinie ist aber auch beihilfe- und verfassungsrechtlichen Gründen zu veröffentli-

chen, auch wenn dies – anders als bei der Satzung- nicht vorgeschrieben ist. Zu beachten sind in beiden Fällen die beihilferechtlichen Anforderungen, die Einhaltung der vergaberechtlichen Vorgaben und die sonstigen gesetzlichen Regelungen in den Zuwendungsbescheiden.

Da die Förderrichtlinie ein Höchstmaß an Transparenz und Diskriminierungsfreiheit gewährleistet, ist sie aus beihilferechtlicher Sicht zu empfehlen. Die Richtlinie könnte auch bereits unmittelbar die Beachtung einzelner Voraussetzungen der VO 1370 festschreiben. Dafür spricht, dass bei Beachtung der Vorgaben der VO 1370 gemäß Art. 9 Abs. 1 Satz 2 VO 1370 die Notifizierungspflicht für die Ausgleichsleistungen nach Art. 88 Abs. 3 EGV entfällt. Auf diese Weise kann eine beihilfekonforme Finanzierung des ÖPNV auch unter dem neuen Rechtsregime der VO 1370 ab 03.12.2009 sichergestellt werden.

C. Inhalt und Aufbau der Förderrichtlinie

Die Förderrichtlinien müssen insbesondere folgende Regelungen enthalten:

I. Zuwendungszweck

Die vorher definierten Ziele (s.o. unter 1.) werden hier als Fördergegenstand in die Richtlinie integriert. Die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen müssen dabei unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten so gewählt werden, dass sie eine zusätzliche Leistung (ein „Mehr“) gegenüber dem qualitativen oder quantitativen Standard darstellen, wie er ohne die Förderung bestünde. Dieser Normalstandard dürfte in etwa dem entsprechen, der im Rahmen einer Ausschreibung ohne Zusatzförderung erzielbar wäre. Die bloße Förderung der Anschaffung neuer Fahrzeuge genügt dieser Anforderung nicht.

Als Zuwendungszweck können z.B. Beschaffung von Fahrzeugen, Vorhaltekosten und sonstige Maßnahmen des ÖPNV eingesetzt werden.

Es sollte auch geregelt werden, dass bei der Auszahlung der Leistungen pflichtgemäßes Ermessen anzuwenden ist und die Leistung insgesamt auf die zur Verfügung stehenden Mittel begrenzt ist.

II. Gegenstand der Förderung/ Zuwendungsvoraussetzungen

Hier muss definiert werden, was im einzelnen als genauer Zweck Gegenstand der Förderung anzusehen ist.

So sollte hinsichtlich der Beschaffung von Fahrzeugen zunächst definiert werden, was als Beschaffung gilt, also z.B. der Kauf neuer Fahrzeuge oder der Kauf neuwertiger Fahrzeuge, die nicht älter als sechs Monate sind und eine Laufleistung von maximal 220.000 km aufweisen. Im Rahmen der Gestaltung hat der Richtliniengeber hier natürlich ein weites Ermessen, so dass eine Regelung eines Alters von höchstens drei Jahren bei 120.000 km genauso umsetzbar ist.

Weiterhin sollte festgelegt werden, welche Fahrzeugtypen, also z.B. Standard-Gelenkbusse, Standard-Midibusse usw. genau und mit welcher Zweckbindungsdauer Gegenstand der Förderung sein können, welche Betriebsleistung jährlich mindestens im Linienverkehr zu erbringen ist und ob z.B. Niederflrbusse bevorzugt gefördert werden. In der Richtlinie selbst oder besser in einer Anlage zur Richtlinie, da eine solche Anlage flexibler geändert werden kann und die Richtlinie nicht „überfrachtet“ wird, kann ein Kriterienkatalog für die Beschaffenheit der Linienomnibusse im Rahmen der Förderung nach § 11 Abs. 2 ÖPNVG aufgestellt werden. In diesem Kriterienkatalog kann ein ausdifferenziertes, abgestuftes Anforderungsprofil erfolgen. Neben den Grundanforderungen (Geräuschentwicklung,

optische Anzeigen. Lautsprecher usw.) werden hier die speziellen Voraussetzungen, z.B. für Niederflrbusse (mindestens eine fahrzeuggebundene Einstiegshilfe usw.) und sonstige Linienbusse, definiert.

In gleicher Weise müssten gegebenenfalls die Zuwendungsvoraussetzungen für Vorhaltekosten und sonstige Förderungen im ÖPNV-Bereich definiert werden.

III. Zuwendungsempfänger

Zuwendungsempfänger sind private und öffentliche Verkehrsunternehmen, die im Linienverkehr den öffentlichen Personenverkehr auf dem Gebiet des Aufgabenträgers mit Fahrzeugen bedienen. Gleichzeitig kann die Zuwendung an die Anwendung von Gemeinschaftstarifen gekoppelt werden.

Weiterhin können etwa Regelungen zur Zuständigkeit des Aufgabenträgers hinsichtlich der Weitergabe der Mittel und zur Verfahrensweise bei Zuständigkeit von mehreren Aufgabenträgern für eine Fördermaßnahme getroffen werden.

IV. Art und Höhe der Zuwendungen, Bemessungsgrundlage

Die Parameter aufgrund derer die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen dem Unternehmen durch die Fördergelder des Aufgabenträgers ausgeglichen werden, müssen aus beihilferechtlichen Gründen ex ante (also vor Einsetzen der Förderung) objektiv und transparent in der Förderrichtlinien aufgestellt sein.²

Hinsichtlich der *Art* der Zuwendung kann z.B. für die Fahrzeugförderung eine maximale Festbetragsfinanzierung je Fahrzeug(typ) und/oder Merkmal vorgeschrieben werden. Jedoch dürfte ein solches Verfahren für Fahrzeugtypen praktische Schwierigkeiten aufwerfen, da der Aufgabenträger keine spezifischen Fabrikationsmodelle vorschreiben darf. Denkbar ist aber eine Festbetragsfinanzierung für einzelne gemeinwirtschaftlichen Merkmalen. Zudem besteht die Gefahr, dass im Falle der Festlegung von Festbeträgen (die von einer sehr großen Anzahl von Antragsstellern in Anspruch genommen wird) die vorhandenen pauschalierten Mittel erschöpft werden. Insoweit sollten die Festbeträge als maximale Festbeträge ausgewiesen werden. Die konkrete Höhe der Zuwendung ergibt sich sodann nach einer Ermessensentscheidung unter Beachtung der vorliegenden berechtigten Anträge.

Auch hinsichtlich der *Höhe* der Zuwendungen muss vorher eine Festlegung jedenfalls des Berechnungsmodus erfolgen. Bei der Förderung nach der ÖPNV-Pauschale darf es sich nicht um einen nachträglichen Ausgleich von Verlusten von Verkehrsunternehmen handeln. Die Notwendigkeit zur Festlegung der Höhe der Zuwendung folgt aus dem Umstand, dass bestimmte Leistungsmerkmale (z.B. Kneeling, akustische Ansagen) nicht bei allen Fahrzeugtypen verfügbar sein dürften, wohingegen Merkmale wie die Beachtung von Umweltstandards für alle Fahrzeuge gelten. Insoweit muss die zur Förderung bereitgestellten Mittel diesen Umstand Rechnung tragen. Kleinbusse, die eine geringere Anzahl von Leistungsmerkmalen einhalten, dürfen daher nur eine geringere Förderung erhalten, als Fahrzeuge (die aufgrund ihrer technischen Spezifikation) alle Leistungsmerkmale erfüllen. Zudem müssen diese Merkmale ex-ante festgelegt sein.

Zur Lösung dieser Schwierigkeit können entweder Festbeträge in den Förderbestimmungen festgelegt werden oder ein Verfahren über Äquivalenzwerte vorgeschrieben werden.

- Bei der Finanzierung über *Festbeträge* besteht die (latente) Gefahr der Überkompensation. Um diese auszuschließen sollte die Festbeträge für Fahrzeugtypen oder

Merkmale tendenziell eher niedrig angesetzt werden. Zudem sollte in einer Modellrechnung dargelegt werden wie der Festbetrag ermittelt wurde. Zudem muss bei der Festlegung der Beträge auch berücksichtigt werden, dass der Zuwendungsempfänger durch die Förderung in den Stand versetzt, eine höhere Qualität/Quantität zu erbringen als ohne Förderung. Die hierdurch ihm zufließenden Vorteile (höhere Qualität = ggf. höhere Fahrgastzahlen mit höheren Fahrgelderlösen) sind als sog. Nettoeffekt zum Abzug zu bringen.

- Grds. geeigneter erscheint daher ein Verfahren, welches mit *Äquivalenzzwerten* operiert, die Grundlage der Bemessung werden. Dabei werden bestimmten Fahrzeuggruppen, z.B. Kleinbus (10-15 Plätze) oder Standardgelenkbus (Schnellbus) bestimmte Äquivalenzziffern zugeordnet. Für qualitative Leistungsmerkmale, z.B. Niederflurtechnik, Gasantrieb werden als Äquivalenzziffern definierte Zuschläge zu den vergebenen Äquivalenzziffern erteilt. Über das Verfahren ist eine quantitative Unterscheidung von Leistungsmerkmalen je Fahrzeug(gruppe) möglich. Hierdurch entsteht ein Raster, welches es den Antragsstellern ermöglicht, für die spezifischen Fahrzeuggruppen einerseits und die vom Antragssteller vorgesehenen Leistungsmerkmale andererseits, vorab bestimmte Bewertungsziffern zu bestimmen. Die Antragssteller werden so bei der Antragsstellung in die Lage versetzt, den maximalen Förderbetrag für die von ihnen beantragten Fahrzeuge zu ermitteln. Ein solches Verfahren dürfte die Anforderungen an die Bestimmung von Parameter erfüllen, die zuvor, transparent und objektiv sein müssen. Zudem bietet es eine flexible Handhabung für die Aufnahme neuer Leistungsmerkmale in den Förderkatalog oder bei sich verändernden Anschaffungskosten für die Merkmale. Die Festlegungen der Äquivalenzziffern sollte zur Bejahung des Transparenzgebots im Anhang zu den Förderregelungen dargelegt werden.

Im Übrigen ist bei der Festlegung der Höhe des erforderlichen Ausgleichs nach der Altmarkt-Trans-Rechtsprechung noch zu beachten, dass sie auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen ist, die ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen mit Produktionsmitteln ausgestattetes Unternehmen hätte. Der Aufgabenträger (Stadt/Kreis) wird deshalb, wenn er die Fördermittel ohne eine Ausschreibung vergeben wollen, von den Zuwendungsempfängern in den Jahren 2008 und 2009 die Vorlage einer Bescheinigung fordern müssen, in der testiert wird, dass das Unternehmen als durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen anzusehen ist.

Ab dem 03.12.2009 sind die speziellen Anforderungen der VO 1370 zu beachten. Die VO 1370 folgt grundsätzlich den vom EuGH in der Altmarkt Trans- Entscheidung vom 24.07.2003 aufgestellten Grundsätzen. Maßstab für die Bemessung der Ausgleichsleistung ist dann aber nicht mehr ein durchschnittliches, gut geführtes Verkehrsunternehmen, sondern nach Nr. 2 des Anhangs der konkrete Betreiber. Der objektive Maßstab des durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens wird damit durch einen subjektiven Maßstab, der auf das konkrete Unternehmen abstellt, ersetzt werden. Dabei muss das Verfahren zur Gewährung der Ausgleichsleistungen einen Anreiz geben (Ziffer 7 Anhang der VO 1370). Diese ist auf die Aufrechterhaltung oder Entwicklung einer wirtschaftlicheren Gestaltung des Betriebs gerichtet und soll der Erbringung mit einer ausreichend hohen Qualität dienen. Für das Berechnungsverfahren ist auf den Anhang der VO 1370 zu verweisen. Es ist sinnvoll, in den entsprechenden Regelungen einen Verweis auf die konkreten Regelungen vorzunehmen.

V. Verfahren

Das Verfahren sollte als Antragsverfahren ausgestaltet werden und Regelungen zu Bewilligungsbehörde enthalten. Auch das zur Erlangung der Fördermittel durch den Aufgabenträger vorgegebene und vom Unternehmen einzuhaltende Verfahren (einzureichende Unterlagen, Beachtung von Fristen, Verfahren bei Überzeichnung der Fördermittel usw.) sollte in die Richtlinien aufgenommen werden.

Das Verfahren muss dabei ebenso wie die Förderkriterien ex ante festgelegt werden, damit sich alle Unternehmen darauf einstellen können.

- Information der Förderberechtigten: Zur Sicherstellung der Chancengleichheit sind die Förderberechtigten über die Vergabe der Mittel, der Kriterien und der Fristen vorab zu informieren.
- Es sollten Antragsfristen benannt werden: Diese müssen so gesetzt werden, dass für alle förderberechtigten Unternehmen Gelegenheit zur Antragsstellung besteht.
- Es sollten Ausschlussfristen (im Falle der Objektförderung) festgelegt werden: Die Ausschlussfrist regelt, innerhalb von welchem Zeitraum Anträge zu stellen sind. Hierbei ist auf eine ordnungsgemäße Antragsstellung hinzuweisen. Fehlerhaft, unvollständige Anträge gelten als ausgeschlossen, wenn sie nicht innerhalb der Antragsfrist vervollständigt werden.
- Angaben zur Mittelverteilung: Ferner könnte geregelt sein, ob sich die Mittel anteilig, d.h. auf die Anzahl der fristgerecht eingegangenen Förderanträge verteilen oder ob ein Ausgleich in Höhe der tatsächlichen Kosten (für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, wie etwa für „Kneeling“) vorgenommen wird. Im letzten Fall besteht die Gefahr, dass der Zuwendungsgeber zusätzliche Mittel bereitstellen muss. Insoweit sollte eine Verteilung der Mittel in Bezug auf die gestellten Anträge und die Kosten je Fördermerkmal benannt werden.

VI. Rückzahlungsverpflichtung

Um eine Überkompensation beihilferechtlich wirksam zu vermeiden, sollten in die Richtlinie sowie in den auf Grund einer Förderrichtlinie ergehenden Zuwendungsbescheiden Rückzahlungsverpflichtungen für den Fall der Überkompensation aufgenommen werden. Dies obliegt dem Zuwendungsgeber. Er hat durch Regelungen im Zuwendungsbescheid sicherzustellen, dass im Falle einer zweckfremden Verwendung der geförderten Fahrzeuge eine Rückerstattung bis hin zur Rückabwicklung sichergestellt ist. Dies umfasst sinnvollerweise die Wiederholung der im primären Zuwendungsverhältnis genannten Anforderungen.

Bei Einschaltung eines Drittunternehmens (Subunternehmens) durch das geförderte Verkehrsunternehmen sollte das Verkehrsunternehmen unmittelbar vertraglich oder durch entsprechende Nebenbestimmungen im Zuwendungsbescheid verpflichtet werden, die entsprechenden Kriterien, insbesondere die vorgegebenen qualitativen oder quantitativen Standards, bei der Unterauftragsvergabe zu beachten. Dies betrifft etwa den Einsatz geförderter Fahrzeuge des Konzessionsinhabers durch den Subunternehmer. Eine solche Regelung sollte dann durch entsprechende Kontrollrechte (Verwendungsnachweise, Einsichtsrechte) abgesichert werden.

VII. Sonstige Regelungsgegenstände

Gegenstand der Fördersatzung oder der Richtlinien sollten außerdem Kontrollrechte des Aufgabenträgers, Nachweispflichten des Verkehrsunternehmens durch Mittelverwendungsnachweise zum Ausschluss der Überkompensation sowie die Verwendung entsprechender noch zu erstellender Formulare sein.

- Hier kann festgelegt werden, dass das Unternehmen Unterlagen (entweder auf Anforderung oder zu einem bestimmten Termin) von sich aus vorlegen muss, aus denen die Anzahl der tatsächlich verkauften Einzelfahrscheine hervorgeht. Damit können auf Schätzwerten basierende Abschlagsvorauszahlungen des Aufgabenträgers nachträglich im Wege einer Spitzabrechnung so korrigiert werden, dass das Unternehmen nur die Ausgleichsmittel für die tatsächlich verkauften verbilligten Einzelfahrscheine erhält.
- Weiterhin dürfte erforderlich sein, dass das Verkehrsunternehmen über die Beibringung entsprechender Mittelverwendungsnachweise oder Testate die zweckgemäße

Verwendung der Mittel während der gesamten Zweckbindungsfrist erklärt und belegt. Dies kann etwa auch Vorlage von Nachweisen für den Einsatz (z.B. Fahrtenaufzeichnung) erfolgen. Ferner sollten Begehungs- und Kontrollrechte für den Zuwendungsgeber aufgenommen werden, damit der Zuwendungsgeber sein Kontrollrecht umfassend ausüben kann.

VIII. Alternative Einbeziehung der ANBest-P statt Einzelregelungen unter Punkt f), g) sowie anderer Unterpunkte

Alternativ ist es auch möglich, zur Regelung der Rückzahlungsverpflichtung, der Verwendungsnachweise sowie anderer Einzelregelungen pauschal auf die Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P) in der jeweiligen Fassung zu verweisen. In diesem Fall können für die Bewilligung, Auszahlung und Abrechnung der Zuwendungen sowie für den Nachweis und die Prüfung der Verwendung und die ggf. erforderliche Aufhebung des Zuwendungsbescheids sowie die Rückforderung der gewährten Zuwendung die ANBest-P im Rahmen der Regelung des Verfahrens in der Richtlinie ausdrücklich in Bezug genommen werden, anstatt sie im Einzelnen in der Richtlinie selbst zu regeln.

D. Ausreichung der Mittel durch Zuwendungsbescheid

Im letzten Schritt können die Mittel unmittelbar durch Zuwendungsbescheid an die Verkehrsunternehmen ausgereicht werden. Die Auskehrung der Mittel durch Zuwendungsbescheid aufgrund der Richtlinie stellt u.E. das Förderverfahren dar, das am besten geeignet ist, rechtliche Risiken im Zusammenhang mit der Ausreichung der Förderpauschalen wirksam zu minimieren, da die zuwendungsrechtlichen Regelungen zur Anwendung gebracht werden können. Dabei sollten die Nebenbestimmungen die Regelungen der Richtlinie sowie gegebenenfalls notwendige Detailregelungen, z.B. bei bereits bestehenden Verträgen, in den Zuwendungsbescheid verbindlich mit aufnehmen.

Hamburg, November 2008

*Jörg Niemann, Dipl.-Jurist, Leiter Kompetenzzentrum Verkehr
Jan-Volkert Schmitz, Rechtsanwalt
Prof. Dr. jur. Andreas Saxinger*