

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
PHILIPPE LÉGER

vom 19. März 2002¹

1. Mit dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen sollen die Voraussetzungen geklärt werden, unter denen die Mitgliedstaaten den Unternehmen, die einen öffentlichen Personennahverkehr betreiben, Zuschüsse gewähren dürfen.

I — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

2. Für die Prüfung des Rechtsstreits relevant sind die Vorschriften über staatliche Beihilfen und den Landverkehr.

Das deutsche Bundesverwaltungsgericht stellt mehrere Fragen in Bezug auf die Auslegung des Artikels 92 Absatz 1 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 87 Absatz 1 EG), des Artikels 77 EG-Vertrag (jetzt Artikel 73 EG) und der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs² in der durch die Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 des Rates vom 20. Juni 1991³ geänderten Fassung (im Folgenden: Verordnung Nr. 1191/69 oder Verordnung).

3. Nach Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag sind staatliche Beihilfen, die den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, verboten:

„Soweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, sind 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.“

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — ABl. L 156, S. 1.

3 — ABl. L 169, S. 1.

4. Gemäß Artikel 74 EG-Vertrag (jetzt Artikel 70 EG) werden im Verkehrssektor die Ziele des Vertrages im Rahmen einer gemeinsamen Politik verfolgt. Nach Artikel 75 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 71 EG) hat der Rat die zur Durchführung dieser Politik erforderlichen Vorschriften zu erlassen.

5. Artikel 77 EG-Vertrag betrifft die staatlichen Beihilfen, die im Verkehrsbereich gewährt werden können:

„Mit diesem Vertrag vereinbar sind Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen.“

6. Die Verordnung Nr. 1191/69 soll die Unterschiede beseitigen, die sich aus den Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes ergeben, die die Mitgliedstaaten den Verkehrsunternehmen auferlegen⁴. Sie gibt den Mitgliedstaaten auf, die Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes aufzuheben⁵, und enthält gemeinsame Vorschriften für die Aufrechterhaltung dieser Verpflichtungen und die Gewährung der Zuschüsse, mit denen die Belastungen ausgeglichen werden sollen, die sich daraus für die Unternehmen ergeben⁶.

4 — Erste Begründungserwägung der Verordnung Nr. 1191/69.

5 — Zweite Begründungserwägung.

6 — Zehnte und dreizehnte Begründungserwägung.

7. Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1191/69 lautet:

„Diese Verordnung gilt für Verkehrsunternehmen, die Verkehrsdienste auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs betreiben.“

Die Mitgliedstaaten können die Unternehmen, deren Tätigkeit ausschließlich auf den Betrieb von Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdiensten beschränkt ist, vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausnehmen.“

8. Gemäß Artikel 1 Absatz 2 sind „Stadt- und Vorortverkehrsdienste“ der Betrieb von Verkehrsdiensten, die die Verkehrsbedürfnisse sowohl in einem Stadtgebiet oder einem Ballungsraum als auch zwischen einem Stadtgebiet oder einem Ballungsraum und seinem Umland befriedigen. „Regionalverkehrsdienste“ sind definiert als der Betrieb von Verkehrsdiensten, um die Verkehrsbedürfnisse in einer Region zu befriedigen.

9. Artikel 1 Absatz 3 der Verordnung stellt den Grundsatz auf, dass „[d]ie zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten... die auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs auferlegten... Verpflichtungen auf[heben], die mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbunden sind“.

10. Artikel 1 Absätze 4 und 5 sieht in zwei Fällen eine Ausnahme von diesem Grundsatz vor.

Zum einen können die zuständigen Behörden mit einem Unternehmen Verträge über Verkehrsdienste aufgrund von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes abschließen, um eine ausreichende Verkehrsbedienung sicherzustellen oder um Sondertarife für bestimmte Gruppen von Reisenden anzubieten. In diesem Fall haben die Verträge über Verkehrsdienste aufgrund von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes die in Abschnitt V der Verordnung Nr. 1191/69 vorgesehenen Einzelheiten zu beachten.

Zum anderen können die zuständigen Behörden im Stadt-, Vorort- und Regionalpersonenverkehr Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes beibehalten oder auferlegen. In diesem Fall hat der Verwaltungsakt die in den Abschnitten II bis IV der Verordnung Nr. 1191/69 vorgesehenen Einzelheiten zu beachten.

11. Der Begriff „Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes“ erfasst nach Artikel 2 der Verordnung „die Verpflichtungen, die das Verkehrsunternehmen im eigenen wirtschaftlichen Interesse nicht oder nicht im gleichen Umfang und nicht unter den gleichen Bedingungen übernehmen würde“. Diese Verpflichtungen sind die Betriebspflicht, die Beförderungspflicht und die Tarifpflicht⁷.

⁷ — Diese drei Kategorien von Verpflichtungen sind in Artikel 2 Absätze 3 bis 5 der Verordnung Nr. 1191/69 definiert.

12. Gemäß Artikel 6 Absatz 2 der Verordnung haben die Entscheidungen über eine Beibehaltung einer Verpflichtung des öffentlichen Dienstes die Gewährung eines Ausgleichs für die dadurch entstehenden Belastungen vorzusehen. Dieser Ausgleich wird nach den in den Artikeln 10 bis 13 der Verordnung Nr. 1191/69 geregelten „gemeinsamen Ausgleichsmethoden“ errechnet.

13. In verfahrensrechtlicher Hinsicht bestimmt Artikel 17 Absatz 2 der Verordnung, dass auf Ausgleichszahlungen, die sich aus der Anwendung dieser Verordnung ergeben, das Verfahren zur vorherigen Unterrichtung gemäß Artikel 93 Absatz 3 EG-Vertrag (jetzt Artikel 88 Absatz 3 EG) nicht anzuwenden ist.

B — Nationales Recht

14. In Deutschland ist die Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen im Linienverkehr nach dem Personenbeförderungsgesetz (im Folgenden: PBefG) genehmigungspflichtig⁸. Es handelt sich um eine Genehmigung, die dem Unternehmer für eine bestimmte Verkehrsleistung erteilt wird.

15. Durch die Genehmigung wird der Beförderer u. a. verpflichtet, nur die zu-

⁸ — §§ 1 Absatz 1 und 2 Absatz 1 PBefG.

gelassenen Fahrpreise zu erheben, den genehmigten Fahrplan einzuhalten und der ihm gesetzlich auferlegten Betriebs- und Beförderungspflicht nachzukommen. Als Gegenleistung erhält er eine Rechtsstellung, die einem Ausschließlichkeitsrecht nahe kommt, da während der Gültigkeitsdauer der Genehmigung kein Verkehr auf derselben Linie genehmigt wird.

kehr eigenwirtschaftlich zu erbringen sind¹². Eigenwirtschaftlich sind Verkehrsleistungen, deren Aufwand durch Beförderungserlöse, Erträge aus gesetzlichen Ausgleichs- und Erstattungsregelungen im Tarif- und Fahrplanbereich sowie sonstige Unternehmenserträge gedeckt wird¹³.

16. Aus den Akten ergibt sich, dass der deutsche Gesetzgeber bis zum 31. Dezember 1995 ausdrücklich von der nach Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1191/69 in Bezug auf den Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr bestehenden Möglichkeit Gebrauch gemacht hatte⁹. Die Anwendung der Verordnung Nr. 1191/69 war durch Verordnung des Bundesministers für Verkehr vom 31. Juli 1992¹⁰ für den öffentlichen Personennahverkehr ausgeschlossen.

Die Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen ist in § 13 PBefG geregelt, der eine Reihe subjektiver Genehmigungsvoraussetzungen wie finanzielle Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Antragstellers aufstellt und die Versagung der Genehmigung anordnet, wenn durch den beantragten Verkehr die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt werden. Gibt es mehrere Bewerber für dieselbe Linie, so trifft die Behörde eine Auswahlentscheidung, bei der vorrangig die öffentlichen Verkehrsinteressen einschließlich der Frage der Kostengünstigkeit zu berücksichtigen sind.

17. Mit Wirkung vom 1. Januar 1996 führte der deutsche Gesetzgeber die Unterscheidung zwischen „eigenwirtschaftlichen“ und „gemeinwirtschaftlichen“ Verkehrsleistungen ein¹¹.

18. Das Personenbeförderungsgesetz enthält den Grundsatz, dass Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahver-

kehr eine ausreichende eigenwirtschaftliche Verkehrsbedienung nicht möglich ist, kann dagegen die Verkehrsbedienung gemeinwirtschaftlich erfolgen¹⁴. In diesem Fall ist nach § 8 Absatz 4 Satz 3 PBefG „die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69... in der jeweils geltenden Fassung maßgebend“.

9 — Vorlagebeschluss (S. 10).

10 — BGBl. I S. 1442.

11 — Artikel 6 Absatz 116 des Eisenbahnneuordnungsgesetzes vom 27. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2378).

12 — § 8 Absatz 4 Satz 1 PBefG.

13 — § 8 Absatz 4 Satz 2 PBefG.

14 — § 8 Absatz 4 Satz 3 PBefG.

Die Genehmigung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen ist in § 13a PBefG geregelt. Danach ist die Genehmigung zu erteilen, soweit sie für die Umsetzung einer Verkehrsleistung aufgrund einer Aufzählung oder Vereinbarung im Sinne der Verordnung Nr. 1191/69 erforderlich ist und dabei diejenige Lösung gewählt wurde, die die geringsten Kosten für die Allgemeinheit mit sich bringt. Zur Ermittlung der geringsten Kosten findet nach deutschem Recht ein Vergabeverfahren nach der Verdingungsordnung für Leistungen statt.

22. Mit Bescheid vom 27. Oktober 1994 erteilte das Regierungspräsidium neue Genehmigungen an Altmark Trans. Daher lehnte es die Genehmigungsanträge der Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (im Folgenden: NVG Altmark) ab.

23. NVG Altmark legte gegen den Bescheid Widerspruch mit der Begründung ein, dass Altmark Trans nicht leistungsfähig sei. Die Erteilung der Genehmigungen sei rechtswidrig, da Altmark Trans ohne die öffentlichen Zuschüsse, die sie erhalte, wirtschaftlich nicht überleben könne.

II — Sachverhalt und Verfahren

20. Das Ausgangsverfahren betrifft die Erteilung von Linienverkehrsgenehmigungen mit Omnibussen im Landkreis Stendal (Deutschland).

24. Das Regierungspräsidium wies den Widerspruch mit Bescheid vom 29. Juni 1995 zurück. Außerdem verlängerte es die Gültigkeit der Genehmigungen von Altmark Trans bis zum 31. Oktober 2002.

21. Am 25. September 1990 hatte das Regierungspräsidium Magdeburg¹⁵ der Altmark Trans GmbH (im Folgenden: Altmark Trans) 18 Genehmigungen zur Beförderung von Personen auf regionalen Überlandlinien erteilt. Die Genehmigungen waren bis zum 19. September 1994 befristet.

25. Unter diesen Umständen erhob NVG Altmark Klage beim Verwaltungsgericht Magdeburg. Dieses war der Auffassung, dass Altmark Trans leistungsfähig sei, da die erwarteten Defizite im laufenden Betrieb durch die Zuschüsse des Landkreises Stendal ausgeglichen würden.

¹⁵ — Im Folgenden: Regierungspräsidium.

26. Das Oberverwaltungsgericht Sachsen-Anhalt hob dagegen die Altmark Trans erteilten Genehmigungen auf. Die Leistungsfähigkeit von Altmark Trans sei, da sie Zuschüsse des Landkreises Stendal zur Durchführung der Genehmigungen benötigt habe, nicht mehr gewährleistet gewesen, und diese Zuschüsse seien mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar.

Das Oberverwaltungsgericht stellte fest, dass der deutsche Gesetzgeber die Anwendung der Verordnung Nr. 1191/69 auf Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdienste nur bis zum 31. Dezember 1995 ausgenommen habe. Nach diesem Zeitpunkt müssten Zuschüsse daher die in der Verordnung Nr. 1191/69 aufgestellten Voraussetzungen beachten, insbesondere die Notwendigkeit, Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes durch Verwaltungsakt oder durch öffentliche Dienstleistungsaufträge aufzuerlegen. Diese Voraussetzung sei im vorliegenden Fall aber nicht erfüllt, da der Landkreis Stendal mit Altmark Trans keinen Vertrag geschlossen und keinen Verwaltungsakt erlassen habe. Der Landkreis Stendal dürfe daher Altmark Trans für die ihr erteilten Genehmigungen nicht mehr bezuschussen.

Das Oberverwaltungsgericht kam so zu dem Ergebnis, dass Altmark Trans den fraglichen Verkehr nicht mehr eigenwirtschaftlich durchführen könne. Da dieser Verkehr von der Gewährung öffentlicher

Zuschüsse abhängen, müsse er gemeinwirtschaftlich betrieben werden und damit unter die Verordnung Nr. 1191/69 fallen.

27. Gegen diese Entscheidung legte Altmark Trans Revision beim Bundesverwaltungsgericht ein, das in seinem Vorlagebeschluss¹⁶ ausgeführt hat, dass das Berufungsgericht die nationalrechtlichen Vorschriften nicht ausgelegt habe. Im deutschen Recht sei der Umstand, dass ein Unternehmen für einen öffentlichen Personenverkehr Zuschüsse brauche, nicht geeignet, es von der Eigenwirtschaftlichkeit im Sinne von § 8 Absatz 4 PBefG auszuschließen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat jedoch Zweifel, wie das Gemeinschaftsrecht auszulegen ist. In Anbetracht der Artikel 77 und 92 EG-Vertrag und der Verordnung Nr. 1191/69 fragt es sich, ob der Umstand, dass ein Unternehmen für einen öffentlichen Personennahverkehr Zuschüsse benötigt, dessen Betrieb zwangsläufig als gemeinwirtschaftlich qualifiziere und der Verordnung Nr. 1191/69 unterwerfe.

¹⁶ — S. 11 bis 13.

III — Vorlagefragen

fehlt ihnen wegen ihrer regionalen Bedeutung von vornherein die Eignung, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen?

28. Das Bundesverwaltungsgericht hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage vorgelegt:

Kommt es insoweit möglicherweise auf die konkrete Lage und Bedeutung des jeweiligen Nahverkehrsgebiets an?

Hindern die Artikel 73 und 87 EG in Verbindung mit der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 in der Fassung der Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 die Anwendung einer nationalen Regelung, die die Vergabe von Linienverkehrsgenehmigungen im öffentlichen Personennahverkehr für Verkehre, die zwingend auf öffentliche Zuschüsse angewiesen sind, ohne Beachtung der Abschnitte II, III und IV der genannten Verordnung zulässt?

2. Eröffnet Artikel 73 EG dem nationalen Gesetzgeber generell die Möglichkeit, öffentliche Zuschüsse zum Ausgleich von Defiziten im öffentlichen Personennahverkehr ohne Rücksicht auf die Verordnung Nr. 1191/69 zuzulassen?

29. Im Vorlagebeschluss¹⁷ hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass sich seine Frage in folgende drei Teile gliedert:

1. Unterliegen Zuschüsse zum Defizit- ausgleich im öffentlichen Personen- nahverkehr überhaupt dem Beihilfe- verbot des Artikels 87 Absatz 1 EG oder
3. Eröffnet die Verordnung Nr. 1191/69 dem nationalen Gesetzgeber die Mög- lichkeit, den Betrieb einer Linie im öf- fentlichen Personennahverkehr, der zwingend auf öffentliche Zuschüsse angewiesen ist, ohne Beachtung der Abschnitte II, III und IV der genannten Verordnung zuzulassen und die An- wendung dieser Regelungen nur vor- zuschreiben, wenn andernfalls eine ausreichende Verkehrsbedienung nicht möglich ist?

¹⁷ — S. 14.

Ergibt sich diese Möglichkeit des nationalen Gesetzgebers insbesondere daraus, dass er nach Artikel I Absatz 1 Unterabsatz 2 der Verordnung Nr. 1191/69 in der Fassung der Verordnung Nr. 1893/91 das Recht hat, Unternehmen des öffentlichen Personennahverkehrs gänzlich vom Anwendungsbereich der Verordnung auszunehmen?

32. Die zweite Reihe von Fragen betrifft die Verordnung Nr. 1191/69 und läuft darauf hinaus, ob die Behörden eines Mitgliedstaats einen öffentlichen Personennahverkehr einrichten und finanzieren können, ohne die Vorschriften der Verordnung über die Beibehaltung der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes und die gemeinsamen Ausgleichsmethoden zu beachten²⁰.

IV — Gegenstand der Vorlagefragen

30. Das Vorabentscheidungsersuchen des Bundesverwaltungsgerichts wirft zwei Reihen von Fragen auf.

31. Die erste Reihe betrifft die Auslegung der Bestimmungen des Vertrages. Mit ihr soll geklärt werden, ob Zuschüsse, die Behörden eines Mitgliedstaats zum Ausgleich der Kosten der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes gewähren, die sie einem Unternehmen, das einen öffentlichen Personennahverkehr betreibt, auferlegen, staatliche Beihilfen darstellen, die unter das Verbot des Artikels 92 Absatz 1 EG-Vertrag fallen können¹⁸. Außerdem geht es darum, die Voraussetzungen zu bestimmen, unter denen die Gewährung solcher Zuschüsse nach Artikel 77 EG-Vertrag erlaubt sein kann¹⁹.

33. Meiner Meinung nach ist es erforderlich, die Reihenfolge dieser Fragen umzukehren. Die Verordnung Nr. 1191/69 stellt nämlich gegenüber den Artikeln 92 und 77 EG-Vertrag eine *Lex specialis* dar. Sie bildet einen harmonisierten Rahmen, der die Voraussetzungen festlegt, unter denen die Mitgliedstaaten Zuschüsse zum Ausgleich der Kosten der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes, die sie den Verkehrsunternehmen auferlegen, gewähren können. Die Verordnung konkretisiert somit die Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen auf dem Gebiet des öffentlichen Landverkehrs.

34. Daher geht die erste Frage dahin, festzustellen, ob die Verordnung Nr. 1191/69 für Verkehrsdienste gilt, die eigenwirtschaftlich betrieben werden. Falls dies zu bejahen ist, dürfen die deutschen Behörden zu diesen Diensten Zuschüsse nur gewähren, wenn sie sich an die in der Verordnung aufgestellten Voraussetzungen halten. Ist die Verordnung dagegen nicht anwendbar, sind die Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen zu prüfen.

¹⁸ — Erster Teil der Vorlagefrage.

¹⁹ — Zweiter Teil der Vorlagefrage.

²⁰ — Vgl. die Vorlagefrage und den dritten Teil dieser Frage.

V — Die Frage der Anwendung der Verordnung Nr. 1191/69

35. Die erste Frage des Bundesverwaltungsgerichts geht dahin, ob Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Verordnung Nr. 1191/69 so auszulegen ist, dass ein Mitgliedstaat die Anwendung dieser Verordnung für eine beschränkte Kategorie von öffentlichen Personennahverkehrsdiensten wie die eigenwirtschaftlich erbrachten Verkehrsleistungen im Sinne der §§ 8 Absatz 4 und 13 PBefG ausschließen kann²¹.

36. Das vorlegende Gericht möchte also wissen, ob die deutschen Behörden Zuschüsse zu diesen Diensten ohne Beachtung der in der Verordnung Nr. 1191/69 aufgestellten Voraussetzungen gewähren dürfen.

37. Aus den Akten ergibt sich²², dass der deutsche Gesetzgeber von der nach Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Verordnung bestehenden Möglichkeit einen besonderen Gebrauch gemacht hat.

Mit Wirkung vom 1. Januar 1996 haben die deutschen Behörden die Verordnung nämlich *teilweise* ausgeschlossen. Anders

als die Verordnung vom 31. Juli 1992²³, die die Anwendung der Verordnung für den öffentlichen Personennahverkehr einfach ausschloss, schließt das Personenbeförderungsgesetz in seiner gegenwärtigen Fassung die Anwendung der Verordnung nur für die eigenwirtschaftlich erbrachten Verkehrsleistungen aus. Die anderen — also die gemeinwirtschaftlich erbrachten — Dienste unterliegen den Vorschriften der Verordnung Nr. 1191/69.

38. Die Frage geht also dahin, ob die Behörden eines Mitgliedstaats nach Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 2 eine beschränkte Kategorie von öffentlichen Personennahverkehrsdiensten von der Verordnung Nr. 1191/69 *teilweise* ausnehmen können²⁴.

23 — A. a. O.

24 — Die Kommission hat in der mündlichen Verhandlung die Ansicht vertreten, dass die Verordnung Nr. 1191/69 ein „optionelle“ Harmonisierung des Sektors herbeiführe. Mitgliedstaaten, die Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes auferlegen wollten, konnten frei entscheiden, ob sie die Verordnung anwendeten oder nicht. Die Kommission hat nicht näher erläutert, ob ihre Ansicht nur die in Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Verordnung genannten Verkehrsdienste betrifft oder alle Verkehrsdienste erfasst, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Im zweitgenannten Fall stünde die Ansicht der Kommission meiner Meinung nach im Widerspruch zu den Zielen der Verordnung Nr. 1191/69. Diese soll nämlich die Unterschiede beseitigen, die sich aus den Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes ergeben, die die Mitgliedstaaten den Verkehrsunternehmen auferlegen und die zu einer Verfälschung der Wettbewerbsbedingungen führen (vgl. erste Begründungserwägung der Verordnung und die Entscheidung 65/271/EWG des Rates vom 13. Mai 1965 über die Harmonisierung bestimmter Vorschriften, die den Wettbewerb im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr beeinflussen, ABl. 1965, Nr. 88, S. 1500). Die Verwirklichung dieser Ziele wäre aber ernstlich gefährdet, wenn die Mitgliedstaaten für die Verkehrsdienste, die in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen, Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes auferlegen könnten, ohne die Vorschriften der Verordnung zu beachten. In diesem Fall würden sie die Wettbewerbsverzerrungen wieder einführen, die die Verordnung gerade beseitigen soll. Außerdem wäre die Ansicht der Kommission schwerlich mit der fünfzehnten Begründungserwägung der Verordnung in Einklang zu bringen, die wie folgt lautet: „Es ist notwendig, diese Verordnung auch auf jeden neuen Fall einer Verpflichtung des öffentlichen Dienstes anzuwenden, die in dieser Verordnung definiert ist und den Verkehrsunternehmen auferlegt wird.“ Schließlich helfe die Ansicht der Kommission Artikel 189 EG-Vertrag (jetzt Artikel 249 EG) zuwider, da dieser bestimmt, dass Verordnungen in allen ihren Teilen *verbindlich* sind und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten.

21 — Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Verordnung lautet: „Die Mitgliedstaaten können die Unternehmen, deren Tätigkeit ausschließlich auf den Betrieb von Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdiensten beschränkt ist, vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausnehmen.“

22 — Vgl. insbesondere die Antwort der deutschen Regierung auf die schriftliche Frage des Gerichtshofes. Zu bemerken ist, dass die deutsche Regierung abgesehen von dieser Antwort vor dem Gerichtshof keine schriftliche oder mündliche Stellungnahme abgegeben hat.

39. Die Parteien des Ausgangsverfahrens sind der Ansicht, die deutschen Behörden seien berechtigt, eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen von der Verordnung auszunehmen. Könne nach Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 2 eine ganze Kategorie von Verkehrsdiensten (nämlich die Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdienste) von der Verordnung ausgenommen werden, so folge a maiore ad minus, dass auch ein begrenzter Teil dieser Dienste ausgenommen werden könne.

Altmark Trans beruft sich außerdem auf die Antwort der Kommission auf die schriftliche Anfrage von Herrn Jarzembowski²⁵. In dieser Antwort habe die Kommission ausdrücklich erklärt, dass die Ausnahme eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere mit der Verordnung Nr. 1191/69, vereinbar sei.

40. Der Gerichtshof hat noch nie Gelegenheit gehabt, zu bestimmen, ob die Mitgliedstaaten eine teilweise Ausnahme von der Verordnung Nr. 1191/69 vorsehen können. Um diese Frage zu entscheiden, könnte der Gerichtshof meiner Meinung nach eine Parallele zu seiner Rechtsprechung zur Sechsten Mehrwertsteuer-Richtlinie²⁶ ziehen. Dabei verdienen in meinen Augen zwei Urteile besondere Beachtung.

25 — Schriftliche Anfrage Nr. 381/95 (ABl. 1995, C 270, S. 2).

26 — Sechste Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern — Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage (ABl. L 145, S. 1, im Folgenden: Sechste Richtlinie).

41. Das erste Urteil²⁷ betrifft die Auslegung des Artikels 28 Absatz 3 Buchstabe b der Sechsten Richtlinie.

Nach dieser Vorschrift in Verbindung mit Anhang F Nummer 16 können die Mitgliedstaaten während der Übergangszeit die Lieferungen von Gebäuden und Baugrundstücken unter den im Zeitpunkt des Erlasses der Sechsten Richtlinie bestehenden Bedingungen weiterhin von der Mehrwertsteuer befreien.

Das Vereinigte Königreich befreite zu dieser Zeit die Verkäufe von Immobilien von der Verpflichtung zur Entrichtung der Mehrwertsteuer. Von diesen wurden nur die in Anhang 5 des Finance Act 1972 aufgeführten Geschäfte besteuert. Nach dem Inkrafttreten der Sechsten Richtlinie hatte das Vereinigte Königreich seine Rechtsvorschriften dahin geändert, dass die Befreiungstatbestände eingeschränkt wurden.

Nach Ansicht der Norbury Developments Ltd verstieß die streitige Änderung gegen die Sechste Richtlinie. Zweck des Artikels 28 Absatz 3 sei es, die in Anhang F aufgeführten Befreiungen im Zeitpunkt des Erlasses der Sechsten Richtlinie „einzufrieren“. Der Gerichtshof hat diese Aus-

27 — Urteil vom 29. April 1999 in der Rechtssache C-136/97 (Norbury Developments, Slg. 1999, I-2491).

legung aus folgenden Gründen zurückgewiesen²⁸:

„[Die] Änderungen [der Rechtsvorschriften des Vereinigten Königreichs] haben... die Befreiungstatbestände nicht ausgeweitet, sondern vielmehr eingeschränkt. Sie sind daher nicht unter Verstoß gegen den Wortlaut des Artikels 28 Absatz 3 Buchstabe b vorgenommen worden, der zwar die Einführung neuer oder die Ausweitung bestehender Befreiungstatbestände nach dem Inkrafttreten der Sechsten Richtlinie verbietet, nicht jedoch einer Einschränkung dieser Tatbestände entgegensteht, deren Abschaffung Ziel des Artikels 28 Absatz 4 der Sechsten Richtlinie ist.

Eine enge Auslegung des Artikels 28 Absatz 3 Buchstabe b der Sechsten Richtlinie, nach der ein Mitgliedstaat zwar eine bestehende Befreiung beibehalten kann, sie aber nicht, auch nicht teilweise, abschaffen kann, wenn er nicht gleichzeitig sämtliche anderen Befreiungen abschafft, liefe diesem Ziel zuwider. Eine solche Auslegung hätte nämlich verhängnisvolle Folgen für die einheitliche Anwendung der Sechsten Richtlinie. Ein Mitgliedstaat könnte sich gezwungen sehen, die Gesamtheit der zum Zeitpunkt des Erlasses der Sechsten Richtlinie bestehenden Befreiungen beizubehalten, selbst wenn er es für möglich, zweckmäßig und wünschenswert hielte, die in der Richtlinie niedergelegte Regelung in

dem betreffenden Bereich schrittweise umzusetzen.“²⁹

42. Im Urteil vom 14. Juni 2001 (Kommission/Frankreich)³⁰ hat der Gerichtshof dieselben Erwägungen angestellt. In diesem Fall warf die Kommission Frankreich vor, es habe nach Inkrafttreten der Sechsten Richtlinie seine Rechtsvorschriften dahin geändert, dass das Recht auf Vorsteuerabzug für Personenkraftfahrzeuge von der Voraussetzung abhängig sei, dass das Fahrzeug für den Fahrunterricht verwendet werde.

Die französische Regierung hatte die Ansicht vertreten, dass ihre Rechtsvorschriften mit Artikel 17 Absatz 6 der Sechsten Richtlinie in Einklang stünden, wonach „[b]is zum Inkrafttreten der [vom Rat erlassenen] Bestimmungen... die Mitgliedstaaten alle Ausschlüsse beibehalten [können], die in den in ihren zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Richtlinie bestehenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehen sind“. Der Gerichtshof hat die Klage der Kommission aus folgenden Gründen abgewiesen:

„Für die Auslegung des Artikels 17 Absatz 6 der Sechsten Richtlinie können [dem Urteil Norbury Developments] entsprechende Erwägungen herangezogen werden. Wenn die

29 — Der Gerichtshof hat sich damit den Überlegungen des Generalanwalts Gulmann in der Rechtssache C-74/91 (Urteil vom 27. Oktober 1992, Kommission/Deutschland, Slg. 1992, I-5437, Nr. 21) und des Generalanwalts Fennelly in der Rechtssache Norbury Developments (Nr. 32) angeschlossen.

30 — Rechtssache C-345/99 (Slg. 2001, I-4493).

28 — Randnrn. 19 und 20.

Regelung eines Mitgliedstaats bestehende Ausschlussstatbestände nach dem Inkrafttreten der Sechsten Richtlinie ändert, indem sie diese Tatbestände einschränkt, und dadurch dem Ziel der Sechsten Richtlinie näher kommt, ist sie daher durch die Ausnahmevorschrift des Artikels 17 Absatz 6 Unterabsatz 2 der Sechsten Richtlinie gedeckt und verstößt nicht gegen deren Artikel 17 Absatz 2.

Im vorliegenden Fall tritt durch die nationale Gesetzesänderung an die Stelle des vollständigen Ausschlusses des Vorsteuerabzugsrechts für Personenkraftfahrzeuge eine begrenzte Abzugsmöglichkeit, nämlich für Fahrzeuge und Maschinen, die ausschließlich für den Fahrunterricht verwendet werden.

Diese Änderung der französischen Rechtsvorschriften schränkt die bestehenden Ausschlussstatbestände ein und nähert diese Vorschriften der allgemeinen Abzugsregelung in Artikel 17 Absatz 2 der Sechsten Richtlinie an.“³¹

43. Anhand dieser Rechtsprechung lässt sich meines Erachtens folgender Grundsatz aufstellen. Soll mit einer Richtlinie in einem bestimmten Bereich ein harmonisiertes Sys-

tem eingeführt werden und können die Mitgliedstaaten nach dieser Richtlinie Ausnahmen von dem System vorsehen, so können die Staaten, die von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, nach dem Inkrafttreten der Richtlinie ihre Rechtsvorschriften ändern, um die Befreiungstatbestände einzuschränken und sich so den mit der Richtlinie verfolgten Zielen anzunähern. Dagegen kann ein Mitgliedstaat nach Inkrafttreten der Richtlinie die nach seinem nationalen Recht bestehenden Befreiungstatbestände nicht ausweiten³² und auch keine Ausnahme wieder einführen, die er zunächst aufgehoben hatte³³.

44. Dieser Grundsatz lässt sich meiner Meinung nach in vollem Umfang auf den vorliegenden Fall übertragen.

45. Erstens haben wir gesehen, dass der Zweck der Verordnung Nr. 1191/69 in der Einführung eines harmonisierten Rahmens im Bereich der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes besteht, die die Mitgliedstaaten den Verkehrsunternehmen auferlegen. Sie bestimmt die Voraussetzungen, unter denen die Mitgliedstaaten Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes auferlegen und Zuschüsse gewähren können, um die sich daraus für die Unternehmen ergebenden Belastungen auszugleichen.

46. Zweitens ermächtigt die Verordnung die Mitgliedstaaten, Ausnahmen von ihren Bestimmungen vorzusehen. Nach Artikel 1

31 — Randnrn. 22 bis 24.

32 — Urteil vom 14. Juni 2001 in der Rechtssache C-40/00, Kommission/Frankreich, Slg. 2001, I-4539, Randnr. 17).

33 — A. a. O. (Randnrn. 18 und 19).

Absatz 1 Unterabsatz 2 können die Mitgliedstaaten die Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdienste vom Anwendungsbereich der Verordnung ausnehmen.

47. Drittens haben die deutschen Behörden nach Inkrafttreten der Verordnung³⁴ ihre Rechtsvorschriften geändert, um die nach nationalem Recht bestehenden Befreiungstatbestände einzuschränken.

Wie wir gesehen haben, hatte nämlich der deutsche Gesetzgeber bis zum 31. Dezember 1995 den gesamten Personennahverkehr von der Anwendung der Verordnung ausdrücklich ausgenommen³⁵. Mit Wirkung vom 1. Januar 1996 haben die deutschen Behörden diesen Ausschluss auf eigenwirtschaftlich erbrachte Verkehrsleistungen beschränkt. Daraus folgt, dass die gemeinwirtschaftlich erbrachten Verkehrsleistungen nun in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen.

48. Viertens trägt diese Gesetzesänderung zur Verwirklichung der mit der Verordnung Nr. 1191/69 verfolgten Ziele bei.

49. In diesem Zusammenhang erinnere ich daran, dass die Verordnung die Unterschiede beseitigen soll, die sich aus den Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes ergeben, die die Mitgliedstaaten den Landverkehrsunternehmen auferlegen und die die Wettbewerbsbedingungen erheblich verfälschen können. Für den örtlichen und regionalen Personenverkehr hat der Gemeinschaftsgesetzgeber jedoch eine schrittweise Liberalisierung und Harmonisierung verwirklicht.

Zu Anfang hat er die örtlichen und regionalen Verkehrsdienste von der Verordnung Nr. 1191/69 einfach ausgenommen. In der ersten Fassung der 1969 erlassenen Verordnung hieß es, dass sie „zunächst... für die Unternehmen [gilt], die nicht hauptsächlich Beförderungen mit örtlichem oder regionalem Charakter durchführen“³⁶.

1991 hat der Rat sodann den Grundsatz aufgestellt, dass die örtlichen und regionalen Verkehrsleistungen in den Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 1191/69 fallen. Dieser Grundsatz gilt aber nicht uneingeschränkt, da die Mitgliedstaaten nach Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Verordnung Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdienste weiterhin ausnehmen können³⁷.

34 — Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Verordnung Nr. 1191/69 ist gemäß Artikel 2 der Verordnung Nr. 1893/91 am 1. Juli 1992 in Kraft getreten.

35 — Siehe Nrn. 16 bis 19 dieser Schlussanträge.

36 — Zwanzigste Begründungserwägung der Verordnung Nr. 1191/69. Vorgesehen war, dass der Rat innerhalb von drei Jahren über die Maßnahmen entscheidet, die im Bereich der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes in Bezug auf die örtlichen und regionalen Verkehrsleistungen zu treffen sind.

37 — Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Verordnung Nr. 1191/69 wurde durch die Verordnung Nr. 1893/91 eingefügt, die am 1. Januar 1992 in Kraft trat.

Schließlich hat die Kommission am 26. Juli 2000 dem Rat und dem Parlament den Verordnungsvorschlag 2000/C 365 E/10 unterbreitet³⁸. Darin werden die Bedingungen festgelegt, unter denen die Mitgliedstaaten den Betreibern einen Ausgleich für die ihnen durch die Erfüllung der Anforderungen des öffentlichen Dienstes entstehenden Kosten sowie ausschließliche Rechte für öffentliche Personenverkehrsdienste gewähren können³⁹. Im Gegensatz zur geltenden Fassung der Verordnung Nr. 1191/69 haben die Mitgliedstaaten nach diesem Vorschlag nicht mehr die Möglichkeit, die örtlichen und regionalen Personenverkehrsdienste auszunehmen.

50. Daraus folgt, dass die Verordnung Nr. 1191/69 den Prozess der Liberalisierung der örtlichen und regionalen Personenverkehrsdienste in gewissem Grade voranbringen soll.

51. Die Änderung des Personenbeförderungsgesetzes durch den deutschen Gesetzgeber trägt zur Verwirklichung dieser verschiedenen Ziele bei.

Zum einen ermöglicht diese Änderung, die Wettbewerbsverzerrungen im deutschen Sektor der örtlichen Personenverkehrsdienste zu verringern. Da ein Teil dieser

Verkehrsdienste den Vorschriften der Verordnung über die Beibehaltung der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes und die Ausgleichsmethoden unterstellt wird, wird die deutsche Regelung durch die streitige Änderung den Zielen angeglichen, die mit der Verordnung Nr. 1191/69 verfolgt werden.

Zum anderen stellt die streitige Änderung offenbar den ersten Schritt zur vollständigen Liberalisierung des Personenverkehrs in der Bundesrepublik Deutschland dar. In der mündlichen Verhandlung hat nämlich der Vertreter von Altmark Trans ausgeführt, dass der Bundestag gegenwärtig Vorschläge zur Verringerung — wenn nicht Beseitigung — des Eingreifens staatlicher Behörden in das Funktionieren örtlicher Verkehrsdienste prüfe. Sollte dies zutreffen, so könnte festgestellt werden, dass die deutschen Stellen — wie der Gemeinschaftsgesetzgeber — den Prozess der Liberalisierung des Personennahverkehrs in gewissem Grade vorantreiben.

52. Daher bin ich der Meinung, dass der deutsche Gesetzgeber berechtigt war, die eigenwirtschaftlich erbrachten Verkehrsleistungen vom Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 1191/69 auszunehmen. Ich schlage dem Gerichtshof daher vor, die erste Vorlagefrage dahin zu beantworten, dass es einem Mitgliedstaat nach Artikel 1 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Verordnung Nr. 1191/69 nicht verwehrt ist, nach Inkrafttreten dieser Vorschrift gesetzgebe-

38 — Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen (ABl. 2000, C 365 E, S. 169).

39 — Artikel 1.

risch tätig zu werden, um nur eine bestimmte Kategorie örtlicher Personenverkehrsdienste wie eigenwirtschaftlich erbrachte Verkehrsleistungen im Sinne der §§ 8 Absatz 4 und 13 PBefG von dieser Verordnung auszunehmen.

Maßnahme fällt nur dann unter dieses Verbot, wenn

- sie bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen einen einseitigen Vorteil verschafft,

53. Da die Verordnung Nr. 1191/69 für die Verkehrsdienste, um die es im Ausgangsverfahren geht, nicht gilt, sind die allgemeinen Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen zu prüfen.

- der Vorteil unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt wird,

- der Vorteil den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht und

IV — Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag

54. Die zweite Vorlagefrage betrifft Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag. Das vorlegende Gericht möchte wissen, ob die Zuschüsse, die Behörden eines Mitgliedstaats zum „Defizitausgleich im öffentlichen Personennahverkehr“⁴⁰ gewähren, unter das in dieser Bestimmung angeordnete Verbot fallen.

- die Maßnahme geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

55. Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag stellt vier kumulative Voraussetzungen auf. Eine

56. Im vorliegenden Fall betrifft die Frage des Bundesverwaltungsgerichts ausschließlich die letztgenannte Voraussetzung. Das vorlegende Gericht möchte wissen, ob die streitigen Zuschüsse von dem Verbot des Artikels 92 Absatz 1 EG-Vertrag erfasst sein können oder ob „ihnen wegen ihrer regionalen Bedeutung von vornherein die Eignung [fehlt], den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen“⁴¹.

40 — Erster Teil der Vorlagefrage.

41 — A. a. O.

57. Der Gerichtshof könnte sich daher grundsätzlich darauf beschränken, die Frage der Auswirkungen der streitigen Zuschüsse auf den innergemeinschaftlichen Handel zu prüfen.

58. Nachdem die mündliche Verhandlung in unserer Rechtssache stattgefunden hatte, hat die Sechste Kammer des Gerichtshofes jedoch ihr Urteil in der Rechtssache Ferring⁴² erlassen.

59. In diesem Urteil stellte sich die Frage, ob finanzielle Vorteile, die von den Behörden eines Mitgliedstaats gewährt werden, um Kosten gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auszugleichen, die sie bestimmten Unternehmen auferlegen, staatliche „Beihilfen“ im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag darstellen.

Zu dieser Frage hat die Sechste Kammer des Gerichtshofes entschieden, dass die streitige Maßnahme nicht als Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 qualifiziert werden könne, wenn der Betrag der von den staatlichen Stellen gewährten Vorteile nicht den der Kosten übersteige, die sich aus den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ergäben. Überstiegen die Vorteile dagegen die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, so fielen sie unter Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag, soweit sie die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen überschritten.

60. Das Urteil Ferring wirkt sich unmittelbar auf die Antwort aus, die auf die Frage des Bundesverwaltungsgerichts zu geben ist.

Folgt man nämlich der Begründung dieses Urteils, müsste das vorlegende Gericht zunächst feststellen, ob die Zuschüsse des Landkreises Stendal die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen übersteigen, die sich aus dem Betrieb der streitigen Verkehrsdienste ergeben. Die Frage nach den Auswirkungen dieser Zuschüsse auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten wird sich daher nur stellen, wenn — und soweit — der Betrag dieser Zuschüsse die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen übersteigt.

61. Ich schlage dem Gerichtshof jedoch vor, das Urteil Ferring nicht auf den vorliegenden Fall zu übertragen. Die Auslegung, die die Sechste Kammer des Gerichtshofes vorgenommen hat, ist meiner Meinung nach nämlich geeignet, Struktur und Systematik der Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen tiefgreifend zu ändern.

62. Bevor ich die Gründe darlege, aus denen ich den Gerichtshof auffordere, die Entscheidung im Urteil Ferring zu überdenken, rufe ich kurz dessen Kontext in Erinnerung.

42 — Urteil vom 22. November 2001 in der Rechtssache C-53/00 (Slg 2001, I-9067, im Folgenden: Urteil Ferring).

A — *Der Kontext des Urteils Ferring*

Vertrag (jetzt Artikel 86 Absatz 2 EG) gerechtfertigt sein⁴⁶.

63. Die Frage, die im Zentrum des Urteils Ferring stand, war in der Praxis der Kommission und in der Gemeinschaftsrechtsprechung unterschiedlich beantwortet worden.

66. Am 10. Mai 2000 hat das Gericht dies im Urteil SIC/Kommission⁴⁷ bestätigt, das die Finanzierung der öffentlichen Fernsehkanäle in Portugal betraf.

64. Anfangs war die Kommission der Ansicht, dass Beihilfen zum Ausgleich der Kosten gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen keine staatlichen Beihilfen im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag seien⁴³.

Das Gericht hat entschieden, dass „der Umstand, dass die staatlichen Stellen einem Unternehmen einen finanziellen Vorteil gewähren, um die Kosten aufgrund der von diesem Unternehmen angeblich übernommenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen auszugleichen, keine Auswirkung auf die Qualifizierung dieser Maßnahme als Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages hat“⁴⁸. Denn „Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages unterscheidet... nicht nach den Gründen oder Zielen der staatlichen Interventionen, sondern definiert diese nach ihren Wirkungen“⁴⁹. Somit sei „[d]er Beihilfiebegriff... ein objektiver Begriff, der sich nur danach bestimmt, ob eine staatliche Maßnahme einem oder einigen Unternehmen einen Vorteil verschafft“⁵⁰.

65. Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften hat diese Auslegung im Urteil vom 27. Februar 1997 zurückgewiesen⁴⁴. Die Rechtssache betraf finanzielle Vorteile, die die französischen Behörden der Post gewährten, um die mit der Erfüllung von Aufgaben im öffentlichen Interesse verbundenen Kosten auszugleichen. Anders als die Kommission war das Gericht der Auffassung, dass die streitigen Maßnahmen staatliche Beihilfen im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag darstellten⁴⁵. Jedoch könnten diese Maßnahmen nach Artikel 90 Absatz 2 EG-

67. Das Urteil Ferring ist das erste Urteil, in dem sich der Gerichtshof zu dieser Frage geäußert hat.

43 — Vgl. insbesondere *Wettbewerbsrecht in den Europäischen Gemeinschaften*, Band IIB, Erläuterungen zu den Wettbewerbsregeln für staatliche Beihilfen, 1997, S. 7 (<http://www.europa.eu.int/comm/competition/stateaid/legislation/vol2bde.pdf>). Siehe auch die von Generalanwalt Tizzano in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Ferring zitierten Fundstellen (Nr. 56).

44 — Urteil in der Rechtssache T-106/95 (FFSA u. a./Kommission, Slg. 1997, II-229).

45 — Randnrn. 167, 168 und 172.

46 — Randnrn. 170 bis 194.

47 — Urteil in der Rechtssache T-46/97 (Slg. 2000, II-2125).

48 — Randnr. 84.

49 — Randnr. 83.

50 — A. a. O.

68. Diese Rechtssache betraf eine von den französischen Behörden eingeführte fiskalische Abgabe auf den Verkauf von Arzneimitteln durch Pharmahersteller.

Das französische Vertriebssystem für die Belieferung von Apotheken mit Arzneimitteln umfasst zwei unterschiedliche Vertriebswege: zum einen den über die „gros-sistes répartiteurs“ (Großhändler) und zum anderen den über die Pharmahersteller. Die französischen Rechtsvorschriften erlegen den Großhändlern bestimmte gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auf, die im Wesentlichen darin bestehen, einen ausreichenden Vorrat an Arzneimitteln zu halten und sie in einem bestimmten Gebiet innerhalb einer bestimmten Zeit liefern zu können. Durch die streitige Abgabe sollte das Gleichgewicht der Wettbewerbsbedingungen zwischen den beiden Vertriebswegen wiederhergestellt werden, da die Pharmahersteller nicht denselben Verpflichtungen unterlagen wie die Großhändler.

Das Tribunal des affaires de sécurité sociale Créteil (Frankreich) hatte dem Gerichtshof die Frage vorgelegt, ob die streitige Abgabe eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 darstelle und, wenn ja, ob sie nach Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag gerechtfertigt sein könnte.

69. Die Sechste Kammer des Gerichtshofes hat die erste Frage in zwei Schritten beantwortet.

70. Zunächst wurde geprüft, „ob, abgesehen von den gemeinwirtschaftlichen Pflichten, die der französische Gesetzgeber vorgesehen hat, die Nichterhebung der Direktverkaufsabgabe bei den Großhändlern dem Grundsatz nach eine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages darstellen kann“⁵¹.

Insoweit hat der Gerichtshof festgestellt, dass die streitige Abgabe die vier Voraussetzungen des Artikels 92 Absatz 1 erfüllen „könne“⁵². Die französischen Behörden hatten einen wirtschaftlichen Vorteil gewährt, der geeignet war, die Wettbewerbsstellung der Großhändler zu stärken, da in den auf die Einführung der Abgabe folgenden Jahren „der [bei den Pharmaherstellern] verzeichnete Anstieg der Direktverkäufe nicht nur unterbrochen wurde, sondern... sich die Tendenz sogar umgekehrt hat, indem die Großhändler Marktanteile zurückgewonnen haben“⁵³. Außerdem habe „kein Zweifel [bestanden], dass eine Maßnahme von der Art der Direktverkaufsabgabe die Handelsströme zwischen den Mitgliedstaaten beeinflussen kann“⁵⁴.

71. Sodann hat der Gerichtshof geprüft, „ob die Einstufung dieser Regelung als Beihilfe wegen der besonderen gemeinwirtschaftlichen Pflichten auszuschließen ist, die das französische System der Versorgung der Apotheken mit Arzneimitteln den Großhändlern auferlegt“⁵⁵.

51 — Urteil Ferring (Randnr. 18).

52 — Randnr. 27.

53 — Randnr. 19.

54 — Randnr. 21.

55 — Randnr. 23.

Dazu hat er ausgeführt, dass, „soweit die bei den Pharmaherstellern erhobene Direktverkaufsabgabe den tatsächlich den Großhändlern für die Erfüllung ihrer gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstandenen zusätzlichen Kosten entspricht, die Tatsache, dass die Großhändler dieser Abgabe nicht unterliegen, als Gegenleistung für die erbrachten Leistungen und somit als Maßnahme betrachtet werden [kann], die keine staatliche Beihilfe im Sinne von Artikel 92 des Vertrages darstellt. Im Übrigen genießen, wenn die gewährte Befreiung den entstandenen zusätzlichen Kosten entspricht, die Großhändler tatsächlich keinen Vorteil im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 des Vertrages, denn die betreffende Maßnahme bewirkt nur, dass sie und die Pharmahersteller vergleichbaren Wettbewerbsbedingungen unterworfen sind.“⁵⁶

72. Die Sechste Kammer des Gerichtshofes hat sich anschließend der Beantwortung der Frage zu Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag zugewandt und ausgeführt: „Wenn sich... erweist, dass die Großhändler daraus, dass sie der Abgabe auf den Direktverkauf von Arzneimitteln nicht unterliegen, einen Vorteil ziehen, der die zusätzlichen Kosten übersteigt, die ihnen für die Erfüllung der ihnen durch die nationale Regelung auferlegten gemeinwirtschaftlichen Pflichten entstehen, so kann dieser Vorteil, soweit er diese zusätzlichen Kosten übersteigt, jedenfalls nicht als notwendig betrachtet werden, damit diese Marktbeteiligten ihre besondere Aufgabe erfüllen können.“⁵⁷

Daher könne Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag die streitige Abgabe nicht decken, soweit der Vorteil, den sie den Großhändlern gewährt, die sich aus den gemeinwirtschaftlichen Pflichten ergebenden Kosten übersteige⁵⁸.

B — Würdigung des Urteils Ferring

73. Ich stimme der Begründung der Sechsten Kammer des Gerichtshofes im Urteil Ferring nicht zu. Diese Begründung ist für mich geeignet, Struktur und Systematik der Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen tiefgreifend zu ändern.

74. Die Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen sind klar aufgebaut.

Artikel 92 Absatz 1 enthält das grundsätzliche Verbot staatlicher Beihilfen, die geeignet sind, den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Nach dem Vertrag gibt es zu diesem Grundsatz jedoch mehrere Kategorien von Ausnahmen⁵⁹.

56 — Randnr. 27.

57 — Randnr. 32.

58 — Randnr. 33.

59 — Im Folgenden werden nur die für die vorliegende Rechtsache relevanten Ausnahmen genannt.

Zum einen bestimmt Artikel 77 EG-Vertrag im spezifischen Bereich des Verkehrs, dass die Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung von mit den Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes zusammenhängenden Belastungen entsprechen, mit dem Vertrag vereinbar sind.

Zum anderen sind in Artikel 92 Absätze 2 und 3 die Kategorien von Beihilfen genannt, die mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind oder als vereinbar angesehen werden können. Dies ist u. a. bei Beihilfen der Fall, die einen kulturellen Zweck verfolgen.

Schließlich stellt Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag eine Ausnahme für Unternehmen auf, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind. Danach gelten für diese Unternehmen „die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.“

75. Meiner Meinung nach ergeben sich aus dem Urteil Ferring drei Arten von Schwierigkeiten im Hinblick auf die Vertragsbestimmungen.

76. Erstens vermengt die Begründung des Urteils Ferring für mich zwei rechtlich unterschiedliche Fragen: die der Qualifizierung der Maßnahme als staatliche Beihilfe und die der Rechtfertigung der staatlichen Maßnahme.

77. Artikel 92 EG-Vertrag soll verhindern, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch von staatlichen Stellen gewährte Vorteile beeinträchtigt wird, die den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen⁶⁰. In Anbetracht dieser Zielsetzung hat der Gerichtshof entschieden, dass Artikel 92 Absatz 1 nicht nach den Gründen oder Zielen staatlicher Maßnahmen unterscheide, sondern diese nach ihren Wirkungen beschreibe⁶¹. Daher könnten weder der steuerliche Charakter⁶² noch die soziale Zielsetzung⁶³ oder die allgemeinen Ziele⁶⁴ einer Maßnahme dazu führen, dass sie nicht als Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag zu qualifizieren sei.

Daraus folgt, dass der Beihilfebegriff ein objektiver Begriff ist. Wie das Gericht erster Instanz im Urteil SIC/Kommission⁶⁵ ausgeführt hat, hängt die Qualifizierung

60 — Vgl. u. a. Urteil vom 2. Juli 1974 in der Rechtssache 173/73 (Italien/Kommission, Slg. 1974, 709, Randnr. 26).

61 — Vgl. insbesondere Urteile Italien/Kommission (Randnr. 27), vom 24. Februar 1987 in der Rechtssache 310/85 (Deufl/Kommission, Slg. 1987, 901, Randnr. 8), vom 29. Februar 1996 in der Rechtssache C-56/93 (Belgien/Kommission, Slg. 1996, I-723, Randnr. 79) und vom 26. September 1996 in der Rechtssache C-241/94 (Frankreich/Kommission, Slg. 1996, I-4531, Randnr. 20).

62 — Vgl. insbesondere Urteil Italien/Kommission (Randnr. 28).

63 — Vgl. insbesondere Urteile vom 26. September 1996 (Frankreich/Kommission, Randnr. 21) und vom 5. Oktober 1999 in der Rechtssache C-251/97 (Frankreich/Kommission, Slg. 1999, I-6639, Randnr. 37).

64 — Vgl. insbesondere Urteil Deufl/Kommission (Randnr. 8).

65 — Randnr. 83.

einer Maßnahme als Beihilfe allein von der Frage ab, ob sie einem oder mehreren Unternehmen einen Vorteil verschafft. Keinesfalls kann die staatliche Maßnahme anhand des von den staatlichen Stellen verfolgten Zieles beurteilt werden⁶⁶. Diese Ziele können erst in einer späteren Phase der Prüfung im Rahmen der Frage berücksichtigt werden, ob die staatliche Maßnahme im Hinblick auf die Ausnahmebestimmungen des Vertrages gerechtfertigt ist.

78. Im Urteil Ferring sind diese beiden Fragen aber offenbar miteinander vermengt worden. Der Umstand, dass das Urteil eine Begründung in zwei Schritten enthält, erscheint insoweit symptomatisch. Der Gerichtshof hat nämlich zunächst festgestellt, dass die streitige Befreiung eine unter das Verbot des Artikels 92 Absatz 1 fallende staatliche Beihilfe darstellen könnte⁶⁷. Sodann hat er die Qualifizierung als Beihilfe ausgeschlossen, und zwar „wegen der besonderen gemeinwirtschaftlichen Pflichten... die das französische System... den Großhändlern auferlegt“⁶⁸. Der Gerichtshof hat also allein anhand von Artikel 92 Absatz 1 die Frage geprüft, ob die streitige Maßnahme unter das Beihilfeverbot fiel und ob sie im Hinblick auf die von den französischen Behörden verfolgten Ziele gerechtfertigt sein konnte⁶⁹.

66 — In diesem Sinne H. Lehman, „Les aides accordées par les États“, *Union européenne, Communauté européenne, Commentaire article par article des traités UE et CE*, unter der Leitung von P. Léger, Helbing & Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, Basel, Paris, Brüssel 2000 (S. 802 und 803).

67 — Urteil Ferring (Randnrn. 18 bis 22).

68 — Randnrn. 23 bis 27.

69 — Vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano in der Rechtssache Ferring, der geprüft hat, „ob die streitige Maßnahme dadurch gerechtfertigt wird, dass sie dazu bestimmt ist, einen Ausgleich für die von den Großhändlern übernommenen ungebührlichen gemeinwirtschaftlichen Lasten zu schaffen“ (Nr. 50, Hervorhebung von mir).

79. Zweitens glaube ich, dass das Urteil Ferring geeignet ist, Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag einen großen Teil seiner Nützlichkeit zu nehmen.

80. Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag stellt die zentrale Vertragsbestimmung dar, in der Gemeinschaftsziele miteinander in Einklang gebracht werden⁷⁰. Wie der Gerichtshof entschieden hat, soll diese Bestimmung das Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen als Instrument der Wirtschafts-, Steuer- oder Sozialpolitik mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des Gemeinsamen Marktes in Einklang bringen⁷¹.

81. Nach dem Urteil Ferring ist aber davon auszugehen,

— dass der von den Behörden eines Mitgliedstaats gewährte Vorteil keine Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag darstellt, wenn er *geringer* ist als die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen oder diesen *entspricht*⁷²;

70 — Mitteilung 2001/C 17/04 der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa (ABl. C 17, S. 4, Nr. 19).

71 — Vgl. insbesondere Urteile vom 19. März 1991 in der Rechtssache C-202/88 (Frankreich/Kommission, Slg. 1991, I-1223, Randnr. 12) und vom 21. September 1999 in der Rechtssache C-67/96 (Albany, Slg. 1999, I-5751, Randnr. 103).

72 — Urteil Ferring (Randnr. 27).

— dass jedoch, wenn der von den Behörden eines Mitgliedstaats gewährte Vorteil *größer* ist als die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen, der Teil, der diese Kosten übersteigt, „jedenfalls nicht als notwendig betrachtet werden [kann], damit [die] Marktbeteiligten ihre besondere Aufgabe erfüllen können“⁷³.

82. Dies bedeutet, dass Artikel 90 Absatz 2 im erstgenannten Fall nicht anwendbar ist, weil die streitige Maßnahme nicht unter das Verbot des Artikels 92 Absatz 1 fällt. Artikel 90 Absatz 2 ist aber auch im zweitgenannten Fall nicht anwendbar, da der Teil der Beihilfe, der die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen übersteigt, nicht in den Anwendungsbereich dieser Ausnahme fällt. Daher hat das Urteil Ferring Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag seiner Nützlichkeit im Bereich der staatlichen Beihilfen beraubt.

83. Dieselben Überlegungen gelten für Artikel 77 EG-Vertrag und die zu seiner Durchführung ergangenen Verordnungen.

84. Artikel 77 EG-Vertrag stellt eine Ausnahmebestimmung zu Artikel 92 Absatz 1

EG-Vertrag dar⁷⁴. Er ermöglicht den Mitgliedstaaten, Beihilfen zu gewähren, um im Bereich des Landverkehrs die mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängenden Belastungen abzugelten⁷⁵. Außerdem legt die Verordnung Nr. 1191/69 die Voraussetzungen fest, unter denen die Mitgliedstaaten Beihilfen zum Ausgleich solcher Verpflichtungen gewähren können. Eines der Ziele dieser Verordnung besteht darin, zu gewährleisten, dass die Staaten die aus den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen folgenden Belastungen nicht „überkompensieren“. Aus diesem Grund sind in den Artikeln 10 bis 13 der Verordnung gemeinsame Ausgleichsmethoden vorgesehen.

Am 4. Juni 1970 erließ der Rat die Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 über Beihilfen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr⁷⁶. Diese Verordnung bestimmt, unter welchen Bedingungen die Mitgliedstaaten mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundene Belastun-

74 — In diesem Sinne auch J. Aussant, R. Fornasier, J.-V. Louis, J.-C. Séché, S. Van Raepenbusch, *Commentaire J. Megret, Le droit de la CEE, volume 3, Libre circulation des personnes, des services et des capitaux, Transports*, Éditions de l'université de Bruxelles, Brüssel 1990, 2. Aufl. (S. 226), sowie die vorerwähnte Mitteilung 2001/C 17/04 (Nr. 26).

75 — In Artikel 77 heißt es, dass „Beihilfen, die... der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen“, „[m]it diesem Vertrag vereinbar“ sind. In diesem Stadium kann man bereits feststellen, dass das Urteil Ferring mit dem Wortlaut dieser Bestimmung schwerlich vereinbar ist. Wäre nämlich der Verfassungsgeber der Gemeinschaft der Ansicht gewesen, dass die zum Ausgleich der Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen bestimmten Zuschüsse keine Beihilfen im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 seien, so hätte er es wahrscheinlich nicht für zweckdienlich gehalten, eine ausdrückliche Vorschrift aufzunehmen, um sie für vereinbar mit dem Vertrag zu erklären. Entgegen dem im Urteil Ferring aufgestellten Grundsatz hatten die Verfasser des Vertrages somit offenbar die Absicht, die zum Ausgleich der Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen bestimmten Beihilfen dem Verbot des Artikels 92 Absatz 1 EG-Vertrag zu unterwerfen, auch wenn diese Beihilfen die Kosten, die sich aus der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ergeben, nicht übersteigen.

76 — ABl. L 130, S. 1.

73 — A. a. O. (Randnr. 32).

gen auferlegen können, die die Gewährung von nicht unter die Verordnung Nr. 1191/69 fallenden Beihilfen im Sinne von Artikel 77 EG-Vertrag zur Folge haben⁷⁷.

dienlich sein, kurz die nach Artikel 90 Absatz 2 erforderlichen Voraussetzungen mit denen zu vergleichen, die sich aus dem Urteil Ferring ergeben.

85. Folgt man der im Urteil Ferring entwickelten Begründung, so ist davon auszugehen, dass Zuschüsse, die sich darauf beschränken, die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen auszugleichen, keine Beihilfen im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 darstellen. Dies bedeutet, dass es im Bereich des Landverkehrs praktisch unnötig ist, die Bestimmungen des Artikels 77 EG-Vertrag und der Verordnungen Nrn. 1191/69 und 1107/70 anzuwenden. Die im Urteil Ferring aufgestellten Kriterien scheinen nämlich auszureichen, um die Vereinbarkeit der den Unternehmen, die mit der Erbringung eines öffentlichen Verkehrsdienstes betraut sind, gewährten Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt zu beurteilen. Anders gesagt, das Urteil Ferring hat die Bestimmungen des Artikels 77 EG-Vertrag und der Verordnungen Nrn. 1191/69 und 1107/70 hinfällig gemacht.

86. Aus diesen Überlegungen folgt, dass die im Urteil Ferring vorgenommene Auslegung geeignet ist, den Artikeln 90 Absatz 2 und 77 EG-Vertrag einen großen Teil ihrer Nützlichkeit zu nehmen⁷⁸. Man kann sich fragen, ob mit dem Urteil Ferring nicht anstelle dieser Bestimmungen eine Regelung eingeführt wurde, die durch eine größere Flexibilität gekennzeichnet ist. In diesem Zusammenhang kann es zweck-

87. Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag nennt sechs Anwendungsvoraussetzungen⁷⁹. Diese Voraussetzungen sollen im Wesentlichen gewährleisten,

- dass das betreffende Unternehmen durch Hoheitsakt der öffentlichen Gewalt⁸⁰ mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut worden ist;
- dass die Tätigkeit des Unternehmens tatsächlich eine gemeinwirtschaftliche Aufgabe in dem Sinne darstellt, dass an ihr „ein allgemeines wirtschaftliches Interesse [besteht], das sich von dem Interesse an anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheidet“⁸¹;

77 — Fünfte Begründungserwägung der Verordnung Nr. 1107/70.

78 — Die gleiche Feststellung gilt sinngemäß für die Ausnahmeregelung des Artikels 92 Absatz 3 EG-Vertrag.

79 — Für nähere Einzelheiten zu diesen Voraussetzungen vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache C-309/99 (Wouters u. a., Urteil vom 19. Februar 2002, Slg. 2002, I-1577, I-1582, Nrn. 157 bis 166).

80 — Urteile vom 21. März 1974 in der Rechtssache 127/73 (BRT und SABAM, „BRT II“, Slg. 1974, 313, Randnr. 20) und vom 11. April 1989 in der Rechtssache 66/86 (Ahmed Saeed Flugreisen und Silver Line Reisebüro, Slg. 1989, 803, Randnr. 55). Vgl. hierzu auch die Mitteilung 2001/C 17/04 (Nr. 22).

81 — Urteile vom 10. Dezember 1991 in der Rechtssache C-179/90 (Merci convenzionali porto di Genova, Slg. 1991, I-5889, Randnr. 27), vom 17. Juli 1997 in der Rechtssache C-242/95 (GT-Link, Slg. 1997, I-4449, Randnr. 53) und vom 18. Juni 1998 in der Rechtssache C-266/96 (Corsica Ferries France, Slg. 1998, I-3949, Randnr. 45).

- dass die Anwendung der Vertragsbestimmungen die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe verhindern würde⁸²;
- dass die besondere Aufgabe des Unternehmens nicht mit Hilfe von Maßnahmen erreicht werden kann, die den Wettbewerb weniger beschränken⁸³;
- dass die streitige Maßnahme den innergemeinschaftlichen Handel nicht wesentlich beeinträchtigt⁸⁴.

88. Aus dem Urteil Ferring ergibt sich, dass eine staatliche Maßnahme nicht unter Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag fällt, wenn sie zwei Voraussetzungen erfüllt. Erforderlich ist, dass (1) den begünstigten Unternehmen nach den nationalen Rechtsvorschriften gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt sind⁸⁵ und dass (2) der Betrag der Beihilfe die sich aus den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ergebenden Kosten nicht übersteigt⁸⁶.

82 — Vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache Wouters u. a. (Nr. 164).

83 — Urteile vom 19. Mai 1993 in der Rechtssache C-320/91 (Corbeau, Slg. 1993, I-2533, Randnr. 14) und vom 27. April 1994 in der Rechtssache C-393/92 (Almelo, Slg. 1994, I-1477, Randnr. 49).

84 — Vgl. in diesem Sinne Schlussanträge der Generalanwältin Rozès in der Rechtssache 78/82 (Kommission/Italien, Urteil vom 7. Juni 1983, Slg. 1983, 1955, Abschnitt VI—C) und des Generalanwalts Cosmas in den Rechtssachen Kommission/Niederlande, Kommission/Italien, Kommission/Frankreich und Kommission/Spanien (Urteile vom 23. Oktober 1997 in der Rechtssache C-157/94, Slg. 1997, I-5699, in der Rechtssache C-158/94, Slg. 1997, I-5789, in der Rechtssache C-159/94, Slg. 1997, I-5815, und in der Rechtssache C-160/94, Slg. 1997, I-5851, Nr. 126).

85 — Urteil Ferring (Randnr. 23).

86 — A. a. O. (Randnr. 27).

89. Die mit dem Urteil Ferring eingeführte Regelung zeichnet sich daher gegenüber der in Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag vorgesehenen Kontrolle durch eine große Flexibilität aus. Insbesondere erlaubt sie es nicht, gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofes⁸⁷ zu prüfen, ob die einem Unternehmen auferlegten Verpflichtungen mit dem Ziel der Dienstleistung von allgemeinem Interesse hinreichend in Zusammenhang stehen und unmittelbar zur Befriedigung dieses Interesses beitragen sollen. Sie erlaubt es auch nicht, zu gewährleisten, dass diese Verpflichtungen für das betroffene Unternehmen spezifisch sind und hinreichend konkret festgelegt sind⁸⁸.

Außerdem ist nicht sicher, dass die im Urteil Ferring⁸⁹ aufgestellte Bedingung der „Entsprechung“ mit dem Erfordernis, dass die Anwendung der Vertragsbestimmungen die Erfüllung der Aufgabe des Unternehmens „verhindert“, und mit der in Artikel 90 Absatz 2 vorgesehenen Verhältnismäßigkeitsprüfung vergleichbar ist. Jedenfalls enthält das Urteil Ferring keine Bedingung in Bezug auf die Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten. Diese Bedingung ist aber wichtig, da sie dazu führen kann, dass Artikel 90 Absatz 2 nicht angewandt werden kann, weil die streitige Maßnahme den innergemeinschaftlichen Handel in einem Ausmaß beeinträchtigt, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft⁹⁰.

87 — Urteil vom 23. Oktober 1997 (Kommission/Frankreich, Randnr. 68).

88 — A. a. O. (Randnrn. 69 und 70).

89 — Randnr. 27.

90 — Vgl. z. B. Entscheidung 2001/892/EG der Kommission vom 25. Juli 2001 in einem Verfahren nach Artikel 82 EG-Vertrag (COMP/C-1/36.915 — Deutsche Post AG — Aufhaltung grenzüberschreitender Postsendungen) (Abl. L 331, S. 40, Nr. 186).

90. Daher bin ich der Auffassung, dass die im Urteil Ferring aufgestellten Kriterien keinen adäquaten Rahmen für die Kontrolle der Beihilfen festlegen, die von den Mitgliedstaaten den mit einer Aufgabe von allgemeinem Interesse betrauten Unternehmen gewährt werden. Diese Kontrolle hat im Rahmen der im EG-Vertrag dafür vorgesehenen Bestimmungen, d. h. der Artikel 77, 90 Absatz 2 und 92 Absatz 3, zu erfolgen.

91. Das letzte Problem beruht darauf, dass die im Urteil Ferring gegebene Begründung zur Folge hat, dass die Maßnahmen zur Finanzierung der öffentlichen Dienstleistungen der Kontrolle der Kommission entzogen werden.

92. Die Kommission hat eine „zentrale Rolle“⁹¹ bei der Durchführung der Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen. Sie kontrolliert präventiv neue Beihilfen und prüft fortlaufend die bestehenden Beihilfen. Außerdem verfügt sie über die ausschließliche Befugnis, eine Beihilfe gemäß den Artikeln 92 und 93 EG-Vertrag für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar oder unvereinbar zu erklären⁹².

Im Urteil Banco Exterior de España⁹³ hat der Gerichtshof entschieden, dass sich die

Zuständigkeit der Kommission auch auf staatliche Beihilfen erstreckt, die den im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 von den Mitgliedstaaten mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen gewährt werden. Außerdem hat er im Urteil vom 22. Juni 2000 (Frankreich/Kommission)⁹⁴ festgestellt, dass die für Unternehmen mit einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe bestimmten Beihilfen der in Artikel 93 Absatz 3 EG-Vertrag vorgesehenen Pflicht zur vorherigen Anmeldung unterlagen. Der Gerichtshof hat damit die Vorstellung zurückgewiesen, dass derartige Beihilfen von den Mitgliedstaaten gewährt werden könnten, ohne die Entscheidung der Kommission über die Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt abzuwarten⁹⁵.

Weiter ist daran zu erinnern, dass die Kommission nach Artikel 90 Absatz 3 EG-Vertrag eine „Überwachungsaufgabe“ hinsichtlich der Mitgliedstaaten bei deren Beziehungen zu den öffentlichen Unternehmen hat⁹⁶. Insoweit ist die Kommission ermächtigt, Entscheidungen und Richtlinien zu erlassen, um die sich aus Artikel 90 Absatz 1 ergebenden Verpflichtungen zu konkretisieren⁹⁷. Der Gerichtshof hat entschieden, dass diese Überwachungsaufgabe für die Kommission im Hinblick darauf „unerlässlich“ sei, „über die Anwendung der Wettbewerbsregeln zu wachen und damit zur Errichtung eines Systems unver-

91 — Urteile vom 21. November 1991 in der Rechtssache C-354/90 (*Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires und Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, Slg. 1991, I-5505, Randnr. 14) und vom 9. August 1994 in der Rechtssache C-44/93 (*Namur-Les assurances du crédit*, Slg. 1994, I-3829, Randnr. 17).

92 — Urteil vom 22. März 1977 in der Rechtssache 78/76 (*Stemke & Weimig*, Slg. 1977, 595, Randnr. 9).

93 — Urteil vom 15. März 1994 in der Rechtssache C-387/92 (Slg. 1994, I-877, Randnr. 17).

94 — Rechtssache C-332/98 (Slg. 2000, I-4833).

95 — A. a. O. (Randnrn. 27 bis 33).

96 — Urteil vom 6. Juli 1982 in den Rechtssachen 188/80 bis 190/80 (Frankreich u. a./Kommission, Slg. 1982, 2545, Randnrn. 12 und 13).

97 — Die in Artikel 90 Absatz 3 EG-Vertrag genannten „Entscheidungen“ und „Richtlinien“ gehören zu der allgemeinen Kategorie der in Artikel 189 EG-Vertrag vorgesehenen Entscheidungen und Richtlinien. Sie sind daher für die Mitgliedstaaten verbindlich (Urteil vom 30. Juni 1988 in der Rechtssache 226/87, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1988, 3611, Randnrn. 11 und 12).

fälschten Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt... beizutragen“⁹⁸.

93. Das Urteil Ferring hat zur Folge, dass die Maßnahmen zur Finanzierung der öffentlichen Dienstleistungen der von der Kommission nach den genannten Bestimmungen ausgeübten Kontrolle entzogen werden.

Die Maßnahmen, die die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ausgleichen, sind nämlich nicht mehr der Anmeldepflicht des Artikels 93 Absatz 3 unterworfen, da sie keine Beihilfen im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 darstellen. Aus demselben Grund unterliegen die bestehenden Maßnahmen nicht mehr der fortlaufenden Prüfung durch die Kommission nach Artikel 93 Absätze 1 und 2. Außerdem gilt für diese Maßnahmen nicht mehr die Kontrolle nach Artikel 90 Absatz 3, weil sie nicht in den Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln des Vertrages fallen⁹⁹.

94. Wäre dies die Tragweite des Urteils Ferring, so hätte es meiner Meinung nach erhebliche Auswirkungen auf die Politik der Kommission im Bereich der staatlichen Beihilfen.

98 — Urteil vom 12. Februar 1992 in den Rechtssachen C-48/90 und C-66/90 Niederlande u. a./Kommission, Slg. 1992, I-565, Randnr. 29).

99 — Nach dem Urteil Ferring müssen zwar die Maßnahmen, die die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen „überkompensieren“, wohl bei der Kommission angemeldet werden. Diese Verpflichtung dürfte aber rasch theoretisch werden, da nach diesem Urteil (Randnr. 32) der Teil der Beihilfe, der die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen übersteigt, keinesfalls nach Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag gerechtfertigt sein kann.

95. Die Kommission stellt seit einigen Jahren umfangreiche Überlegungen zur Politik im Bereich der Daseinsvorsorge an¹⁰⁰. In diesem Kontext hatte der Europäische Rat von Nizza die Kommission im Dezember 2000 aufgefordert, in einem Bericht auf bestimmte Bedenken einzugehen.

Dem Europäischen Rat zufolge muss es „[d]ie Anwendung der Binnenmarktvorschriften und Wettbewerbsregeln... den gemeinwirtschaftlichen Diensten ermöglichen, ihren Aufgaben unter Wahrung der Rechtssicherheit und der Wirtschaftlichkeit nachzukommen... Hier muss insbesondere die Abstimmung der Finanzierungsmodi der gemeinwirtschaftlichen Dienste mit der Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen präzisiert werden. Insbesondere sollte die Vereinbarkeit der Beihilfen, mit denen die zusätzlichen Kosten der gemeinwirtschaftlichen Aufgaben ausgeglichen werden sollen, unter Beachtung des Artikels 86 Absatz 2, anerkannt werden.“¹⁰¹

96. Die Kommission hat ihren Bericht dem Europäischen Rat von Laeken übermittelt¹⁰². Sie hat klargestellt, dass der dem Erbringer einer Leistung der Daseins-

100 — Vgl. z. B. die Mitteilung 96/C 281/03 der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa (ABl. 1996, C 281, S. 3) sowie die Mitteilung 2001/C 17/04.

101 — Bericht der Kommission für den Europäischen Rat in Laeken vom 17. Oktober 2001 über Leistungen der Daseinsvorsorge (KOM [2001] 598 endg., Nr. 5). Zu bemerken ist, dass nach der Vorstellung des Europäischen Rates von Nizza klar ist, dass staatliche Maßnahmen zum Ausgleich der Kosten gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen bei den Unternehmen staatliche Beihilfen im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag darstellen, die nach Artikel 90 Absatz 2 EG-Vertrag gerechtfertigt sein können.

102 — A. a. O.

vorsorge gewährte finanzielle Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG darstellt¹⁰³. Jedoch können diese Beihilfen nach Artikel 87 Absätze 2 und 3 EG ausgenommen sein oder unter die Ausnahmen der Artikel 73 und 86 Absatz 2 EG fallen¹⁰⁴. Im Rahmen der letztgenannten Bestimmung ist die Maßnahme nach Ansicht der Kommission gerechtfertigt, wenn der Betrag der Beihilfe die zusätzlichen Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nicht übersteigt.

Außerdem hat sich die Kommission verpflichtet, weiterhin nach Wegen zu suchen, um die Rechtssicherheit im Bereich der Leistungen der Daseinsvorsorge zu erhöhen¹⁰⁵. Zu diesem Zweck hat sie begonnen, in enger Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zu untersuchen, eine Gruppenfreistellungsverordnung für staatliche Beihilfen im Bereich der Daseinsvorsorge zu erlassen. Außerdem hat sie sich verpflichtet, eine Reihe anderer Maßnahmen zur Erhöhung der Transparenz zu ergreifen.

97. Die Begründung im Urteil Ferring ist geeignet, die Maßnahmen in Frage zu stellen, die die Kommission und die Mitgliedstaaten in diesem Sektor einführen wollen. Die Sechste Kammer des Gerichtshofes hat nämlich mit ihrer Entscheidung, dass die zum Ausgleich der Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen bestimmten Beihilfen nicht unter die Vertragsbestimmungen über staatliche Beihilfen fallen, die Bemühungen der zuständigen

Stellen um die Festlegung der Gemeinschaftspolitik im Bereich der Finanzierung des öffentlichen Sektors offenbar hinfällig gemacht.

98. Daher fordere ich den Gerichtshof auf, die im Urteil Ferring vorgenommene Auslegung zu überdenken. Ich schlage ihm vor, sich den Überlegungen des Gerichts im Urteil SIC/Kommission anzuschließen und davon auszugehen, dass ein finanzieller Ausgleich, der einem Unternehmen für die Kosten der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gewährt wird, eine Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag darstellt, unbeschadet der Möglichkeit, diese Maßnahme nach den abweichenden Bestimmungen des Vertrages, insbesondere den Artikeln 77 und 90 Absatz 2, auszunehmen.

C — Der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

99. Da ich vorschlage, die im Urteil Ferring vorgenommene Auslegung fallen zu lassen, bleibt zu prüfen, ob die Zuschüsse des Landkreises Stendal unter das Verbot des Artikels 92 Absatz 1 EG-Vertrag fallen. Dafür ist festzustellen, ob die streitigen Zuschüsse die vier Voraussetzungen dieses Artikels erfüllen.

103 — A. a. O. (Randnr. 14).

104 — A. a. O. (Randnr. 15).

105 — A. a. O. (Randnr. 27).

100. Erstens umfasst der Begriff der Beihilfe, wie wir uns erinnern, nach ständiger Rechtsprechung die von den staatlichen Stellen gewährten Vorteile, die in verschiedener Form die Belastungen mindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat¹⁰⁶. Für die Frage, ob eine staatliche Maßnahme eine Beihilfe darstellt, ist somit zu prüfen, ob das begünstigte Unternehmen einen Vorteil erhält, den es unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte¹⁰⁷.

101. Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den Akten¹⁰⁸, dass die streitigen Zuschüsse 0,75 DM für jeden im Linienverkehr der Region Stendal zurückgelegten Kilometer betragen. Aus den Akten ergibt sich weiter, dass Altmark Trans diese Zuschüsse zusätzlich zu den Fahrtentgelten und gesetzlichen Ausgleichsleistungen im Fahrplan- und Tarifbereich erhält¹⁰⁹.

Unter diesen Umständen stellen die streitigen Zuschüsse einen Vorteil dar, den Altmark Trans unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte und der die Belastungen mindert, die sie zu tragen

hat. Die Parteien des Ausgangsverfahrens waren im Übrigen folgender Ansicht: „Dass es sich bei den vom Landkreis Stendal gewährten Zuschüssen um Beihilfen im Sinne des EG handelt, ist offensichtlich und bedarf keiner Vertiefung.“¹¹⁰

Außerdem stellen die streitigen Zuschüsse einen „einseitigen“ Vorteil im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag¹¹¹ dar, da sie nur der Inhaber der Betriebsgenehmigung für die betreffenden Linien erhält.

102. Zweitens werden die streitigen Zuschüsse aus staatlichen Mitteln im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EG-Vertrag gewährt¹¹². Der Gerichtshof hat nämlich entschieden, dass „Beihilfen, die von regionalen und lokalen Einrichtungen der Mitgliedstaaten gewährt werden, unabhängig [von deren] Status und von [deren] Bezeichnung“ Beihilfen aus staatlichen Mitteln seien¹¹³. Dies ist vorliegend der Fall, da der Landkreis Stendal eine Gebietskörperschaft der Bundesrepublik Deutschland ist.

106 — Vgl. insbesondere Urteile vom 23. Februar 1961 in der Rechtssache 30/59 (*De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hohe Behörde*, Slg. 1961, I, 39), *Banco Exterior de España* (Randnr. 13), vom 26. September 1996 (*Frankreich/Kommission*, Randnr. 34) und vom 29. Juni 1999 in der Rechtssache C-256/97 (*DM Transport*, Slg. 1999, I-3913, Randnr. 19).

107 — Urteile vom 11. Juli 1996 in der Rechtssache C-39/94 (*SFEI u. a.*, Slg. 1996, I-3547, Randnr. 60), vom 29. April 1999 in der Rechtssache C-342/96 (*Spanien/Kommission*, Slg. 1999, I-2459, Randnr. 41) und *DM Transport* (Randnr. 22).

108 — Schriftliche Erklärungen der NVG Altmark (S. 2).

109 — A. a. O.

110 — Vgl. schriftliche Erklärungen des Regierungspräsidiums (S. 2) sowie schriftliche Erklärungen von Altmark Trans (Nr. 35).

111 — Zu diesem Erfordernis vgl. insbesondere Urteile vom 26. September 1996 (*Frankreich/Kommission*, Randnr. 24), vom 1. Dezember 1998 in der Rechtssache C-200/97 (*Ecotrade*, Slg. 1998, I-7907, Randnrn. 40 und 41) und vom 17. Juni 1999 in der Rechtssache C-75/97 (*Belgien/Kommission*, Slg. 1999, I-3671, Randnr. 26).

112 — Zum Begriff der „staatlichen“ Beihilfe vgl. insbesondere Urteile vom 24. Januar 1978 in der Rechtssache 82/77 (*Van Tiggele*, Slg. 1978, 25, Randnrn. 23 bis 25), vom 13. Oktober 1982 in den Rechtssachen 213/81 bis 215/81 (*Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will u. a.*, Slg. 1982, 3583, Randnr. 22), vom 17. März 1993 in den Rechtssachen C-72/91 und C-73/91 (*Sloman Neptun*, Slg. 1993, I-887, Randnrn. 19 und 21), vom 30. November 1993 in der Rechtssache C-189/91 (*Kirsammer-Hack*, Slg. 1993, I-6185, Randnr. 16) und vom 7. Mai 1998 in den Rechtssachen C-52/97 bis C-54/97 (*Viscido u. a.*, Slg. 1998, I-2629, Randnr. 13).

113 — Urteil vom 14. Oktober 1987 in der Rechtssache 248/84 (*Deutschland/Kommission*, Slg. 1987, 4013, Randnr. 17).

103. Drittens glaube ich, dass die streitigen Zuschüsse geeignet sind, den Wettbewerb auf dem Markt der örtlichen Personenverkehrsdienste zu verfälschen.

Landkreis Stendal gewährten Zuschüsse zur Folge, dass sie die konkurrierenden Unternehmen daran hindern, ihre Dienste auf dem Markt anzubieten.

Der Begriff der Wettbewerbsverzerrung erfährt in Artikel 92 Absatz 1 eine sehr weite Auslegung¹¹⁴. Der Gerichtshof nimmt an, dass der Wettbewerb verfälscht ist, sobald die staatliche Beihilfe die Wettbewerbsstellung des begünstigten Unternehmens gegenüber den Unternehmen stärkt, mit denen es im Wettbewerb steht¹¹⁵. Im Allgemeinen kann man davon ausgehen, dass jede öffentliche Beihilfe den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht¹¹⁶.

104. Die letzte Voraussetzung des Artikels 92 Absatz 1 ist Gegenstand einer konkreten Frage des Bundesverwaltungsgerichts. Dieses fragt sich, ob angesichts des regionalen Charakters der betroffenen Verkehrsdienste die Zuschüsse des Landkreises Stendal geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen¹¹⁸. Außerdem stellt sich für das Bundesverwaltungsgericht das Problem, ob bei der Beantwortung dieser Frage die konkrete Lage und Bedeutung des jeweiligen Nahverkehrsgebiets zu berücksichtigen sind¹¹⁹.

Im vorliegenden Fall stärken die Zuschüsse des Landkreises Stendal die Wettbewerbsstellung von Altmark Trans gegenüber den anderen Unternehmen, die in der Region Stendal Personenverkehrsdienste anbieten wollen. Aus dem Sachverhalt des Ausgangsverfahrens ergibt sich, dass Altmark Trans ohne öffentliche Zuschüsse wahrscheinlich nicht in der Lage wäre, die streitigen Linien weiter zu bedienen¹¹⁷. Unter diesen Umständen haben die vom

105. Altmark Trans¹²⁰ und das Regierungspräsidium¹²¹ haben in ihren schriftlichen Erklärungen die Ansicht vertreten, dass die streitigen Beihilfen keine Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten hätten. Sie haben ausgeführt, dass nach dem deutschen Recht die Unternehmen, die eine Genehmigung besitzen, nicht befugt seien, Verkehrsdienste außerhalb des von der Genehmigung erfassten Gebietes anzubieten. Daher beeinträchtigten Zuschüsse, die einem in der Region Stendal tätigen Unternehmen gewährt würden, in keiner Weise die Stellung der Unternehmen in den benachbarten Re-

114 — J.-P. Keppenne, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, Bruylant, Brüssel 1999 (Nr. 150).

115 — Urteil vom 17. September 1980 in der Rechtssache 730/79 (Philip Morris Holland/Kommission, Slg. 1980, 2671, Randnr. 11) und Urteil vom 11. November 1987 in der Rechtssache 259/85 (Frankreich/Kommission, Slg. 1987, 4393, Randnr. 24).

116 — Schlussanträge des Generalanwalts Capotorti in der Rechtssache Philip Morris Holland/Kommission (S. 2698).

117 — Vgl. Vorlagebeschluss (S. 4).

118 — Erster Satz des ersten Teils der Vorlagefrage.

119 — Zweiter Satz des ersten Teils der Vorlagefrage.

120 — Nrn. 36 und 37.

121 — S. 3 bis 6.

gionen oder Ländern. Jedenfalls werde der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch die Beihilfen nicht wesentlich beeinträchtigt.

trächtigen, wenn ein solcher Handel vorhersehbar ist.¹²⁵

106. Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass die Voraussetzung einer Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten leicht erfüllt ist¹²². Für den Gerichtshof wird der innergemeinschaftliche Handel von der Beihilfe beeinflusst, wenn durch eine von einem Mitgliedstaat gewährte Finanzhilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern in diesem Handel gestärkt wird¹²³.

107. Im vorliegenden Fall ergibt sich aber aus den Akten, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht nur vorhersehbar ist, sondern bereits in bestimmtem Maße besteht.

Dass das begünstigte Unternehmen selbst nicht an Ausfuhren beteiligt ist, schließt in diesem Zusammenhang Auswirkungen auf den Handel nicht aus. Gewährt nämlich ein Mitgliedstaat einem Unternehmen eine Beihilfe, kann die inländische Erzeugung dadurch aufrechterhalten oder erhöht werden, so dass sich die Chancen der in den anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen, ihre Erzeugnisse auf den Markt dieses Staates auszuführen, verringern¹²⁴. Außerdem bedeutet die bloße Tatsache, dass es im Zeitpunkt der Gewährung der Beihilfe keinen Handel zwischen Mitgliedstaaten gibt, nicht, dass die Beihilfe nicht unter Artikel 92 Absatz 1 fielen. Eine Beihilfe ist geeignet, den innergemeinschaftlichen Handel zu beein-

Die Kommission hat in ihren schriftlichen Erklärungen¹²⁶ dargelegt, auch wenn der Personenverkehrssektor de jure noch nicht liberalisiert sei, hätten mehrere Mitgliedstaaten schon 1995 begonnen, ihren Markt für in anderen Mitgliedstaaten ansässige Unternehmen zu öffnen. Dies sei im Königreich Belgien, im Königreich Dänemark, im Königreich Spanien, in der Republik Finnland, in der Französischen Republik, in der Portugiesischen Republik, im Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland und im Königreich Schweden der Fall gewesen. Dies gelte auch für die Bundesrepublik Deutschland in Bezug auf die gemeinwirtschaftlich erbrachten Verkehrsleistungen, da diese seit 1996 unter die Verordnung Nr. 1191/69 fielen. Die Kommission führt mehrere Beispiele von Unternehmen an, die örtliche oder regionale Personenverkehrsdienste in anderen

122 — Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs in den Rechtssachen C-278/92 bis C-280/92 (Urteil vom 14. September 1994, Spanien/Kommission, Slg. 1994, I-4103, Nr. 33).

123 — Urteil Philip Morris Holland/Kommission (Randnr. 11).

124 — Urteile vom 13. Juli 1988 in der Rechtssache 102/87 (Frankreich/Kommission, Slg. 1988, 4067, Randnr. 19), vom 21. März 1991 in der Rechtssache C-303/88 (Italien/Kommission, Slg. 1991, I-1433, Randnr. 27) und vom 14. September 1994 (Spanien/Kommission, Randnr. 40).

125 — Urteil des Gerichts vom 6. Juli 1995 in den Rechtssachen T-447/93 bis T-449/93 (AITEC u. a./Kommission, Slg. 1995, II-1971, Randnrn. 139 bis 141).

126 — Nrn. 4 bis 9.

Mitgliedstaaten als ihrem Heimatland anbieten¹²⁷.

108. Unter diesen Umständen meine ich, dass der örtliche oder regionale Charakter der im Ausgangsverfahren fraglichen Verkehrsleistungen nicht geeignet ist, die streitigen Zuschüsse vom Anwendungsbereich des Artikels 92 Absatz 1 auszunehmen.

109. Das Argument der Verfahrensbeteiligten, dass die Zuschüsse des Landkreises Stendal den Handel nicht wesentlich beeinträchtigen könnten, ist ebenfalls zurückzuweisen.

Zum einen ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof seit dem Urteil Tubemeuse¹²⁸ in ständiger Rechtsprechung entschieden hat, dass „weder der verhältnismäßig geringe Umfang einer Beihilfe noch die verhältnismäßig geringe Größe des begünstigten Unternehmens... die Möglichkeit

einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten aus[schließt]“¹²⁹. Außerdem gibt es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes keine Schwellen oder Prozentsätze, unterhalb deren davon auszugehen wäre, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt ist¹³⁰.

Zum anderen ist darauf hinzuweisen, dass die Mitteilung 96/C 68/06 der Kommission über „De-minimis“-Beihilfen¹³¹ nicht für den Verkehrssektor gilt¹³². Dies ist auch bei der neuen Verordnung über „De-minimis“-Beihilfen der Fall¹³³. Die Kommission hat folgende Auffassung vertreten: „Da für die Bereiche... Verkehr Sondervorschriften gelten und die Gefahr besteht, dass dort selbst kleine Beihilfebeträge die Tatbestandsmerkmale des Artikels 87 Absatz 1 EG-Vertrag erfüllen, sollten die fraglichen Sektoren vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausgenommen werden.“¹³⁴

110. Ich schlage dem Gerichtshof daher vor, die zweite Vorlagefrage dahin zu beantworten, dass Zuschüsse, die die Behörden eines Mitgliedstaats zum Ausgleich der Kosten der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes gewähren, die sie einem Unternehmen auferlegen, das mit dem Be-

127 — Diese Angaben werden durch die Präambel des Verordnungsvorschlags 2000/C 365 E/10 bestätigt. In der fünften Begründungserwägung dieses Vorschlags heißt es: „Aufgrund... der Anwendung gemeinschaftlicher Vorschriften in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit und auf das öffentliche Auftragswesen wurden hinsichtlich des gemeinschaftsweiten... Marktzugangs im Bereich des öffentlichen Verkehrs beträchtliche Fortschritte erzielt. Dies hatte zur Folge, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten erheblich zunahm und mehrere Betreiber inzwischen öffentliche Verkehrsdienstleistungen in mehr als einem Mitgliedstaat erbringen.“

128 — Urteil vom 21. März 1990 in der Rechtssache C-142/87 (Belgien/Kommission, „Tubemeuse“, Slg. 1990, I-959, Randnr. 43).

129 — Vgl. u. a. Urteil vom 14. September 1994 (Spanien/Kommission, Randnr. 42) und Urteil des Gerichts vom 30. April 1998 in der Rechtssache T-214/95 (Vlaamse Gewest/Kommission, Slg. 1998, II-717, Randnr. 48).

130 — Urteil Tubemeuse (Randnrn. 42 und 43).

131 — ABl. 1996, C 68, S. 9.

132 — A. a. O. (vierter Absatz).

133 — Verordnung (EG) Nr. 69/2001 der Kommission vom 12. Januar 2001 über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis“-Beihilfen (ABl. L 10, S. 30).

134 — A. a. O. (dritte Begründungserwägung).

trieb eines örtlichen oder regionalen Personenverkehrsdienstes betraut ist, staatliche Beihilfen darstellen, die unter das Verbot des Artikels 92 Absatz 1 EG-Vertrag fallen können.

leiteten Gemeinschaftsrecht ausdrücklich geregelten Fälle zu gewähren. In diesem Fall unterlägen die Mitgliedstaaten der Verpflichtung zur vorherigen Anmeldung gemäß Artikel 93 Absatz 3 EG-Vertrag¹³⁶.

VII — Artikel 77 EG-Vertrag

111. Die letzte Vorlagefrage betrifft Artikel 77 EG-Vertrag. Das vorlegende Gericht möchte wissen, ob dieser Artikel den Behörden eines Mitgliedstaats die Möglichkeit eröffnet, Zuschüsse zum Ausgleich der Kosten der einem Unternehmen, das einen regionalen Personenbeförderungsdienst auf der Straße betreibt, auferlegten Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes ohne Rücksicht auf die Verordnung Nr. 1191/69 zu gewähren.

112. Wie wir gesehen haben¹³⁵, ist Artikel 77 EG-Vertrag durch spezifische Verordnungen, zu denen die Verordnungen Nrn. 1191/69 und 1107/70 zählen, durchgeführt worden.

113. In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission die Ansicht vertreten, Artikel 77 EG-Vertrag sei hinreichend klar, um eigenständig angewandt zu werden. Ebenso wie Artikel 95 EGKS-Vertrag erlaube es diese Bestimmung den Mitgliedstaaten, Beihilfen außerhalb der im abge-

114. Meines Erachtens nach kann der Auffassung der Kommission nicht gefolgt werden.

115. In der Präambel der Verordnung Nr. 1107/70 hat der Rat nämlich darauf hingewiesen, dass die gemeinsamen Regeln für die Ausgleichszahlungen, die sich aus der Normalisierung der Konten der Eisenbahnunternehmen ergeben, und für den Ausgleich der Belastungen, die auf dem Gebiet des Landverkehrs aus Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes entstehen, in der Verordnung (EWG) Nr. 1192/69¹³⁷ und der Verordnung Nr. 1191/69 festgelegt worden sind¹³⁸.

Weiter hat er ausgeführt: „Es muss daher präzisiert werden, in welchen Fällen und unter welchen Bedingungen die Mitgliedstaaten Koordinierungsmaßnahmen treffen oder mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundene Belastungen auferlegen können, die die Gewährung von nicht unter die vorgenannten Verordnungen fallenden Beihilfen im Sinne von

136 — Die Parteien des Ausgangsverfahrens sind dagegen der Ansicht, dass Artikel 77 EG-Vertrag zu unbestimmt gefasst sei, um außerhalb der im abgeleiteten Recht geregelten Fälle angewandt zu werden. Sie stützen sich insoweit auf das überwiegende deutsche Schrifttum (vgl. schriftliche Erklärungen des Regierungspräsidiums, S. 6 und 7, sowie schriftliche Erklärungen von Altmark Trans, Nr. 54).

137 — Verordnung des Rates vom 26. Juni 1969 über gemeinsame Regeln für die Normalisierung der Konten der Eisenbahnunternehmen (ABl. L 156, S. 8).

138 — Vierte Begründungserwägung der Verordnung Nr. 1107/70.

135 — Nr. 84 dieser Schlussanträge.

Artikel 77 des Vertrages zur Folge haben.“¹³⁹

sonenbeförderung ohne Beachtung des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Verordnungen Nrn. 1191/69 und 1107/70, zu gewähren.

Außerdem bestimmt Artikel 3 der Verordnung Nr. 1107/70: „Unbeschadet der Verordnung (EWG) Nr. 1192/69... und der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69... treffen die Mitgliedstaaten *nur in folgenden Fällen und unter den nachstehenden Voraussetzungen* Koordinierungsmaßnahmen oder erlegen mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundene Belastungen auf, die die Gewährung von Beihilfen im Sinne von Artikel 77 des Vertrages zur Folge haben...“¹⁴⁰

118. Aus dem Vorlagebeschluss und den Vorlagefragen ergibt sich, dass das Bundesverwaltungsgericht wissen möchte, ob die deutschen Behörden nach dem Gemeinschaftsrecht einem Unternehmen, das einen öffentlichen Personennahverkehr betreibt, ohne Einhaltung der in der Verordnung Nr. 1191/69 festgelegten Voraussetzungen Beihilfen gewähren können. Für eine zweckdienliche Antwort an das vorlegende Gericht habe ich meine Überlegungen daher fortzuführen und zu prüfen, ob solche Zuschüsse nach der Verordnung Nr. 1107/70 zulässig sein können.

116. Daraus folgt, dass die Mitgliedstaaten entgegen dem Vorbringen der Kommission nicht mehr ermächtigt sind, außerhalb der im abgeleiteten Gemeinschaftsrecht geregelten Fälle Artikel 77 EG-Vertrag in Anspruch zu nehmen. Die Verordnung Nr. 1107/70 stellt die Voraussetzungen abschließend auf, unter denen die Behörden der Mitgliedstaaten Beihilfen nach Artikel 77 EG-Vertrag außerhalb der in den Verordnungen Nrn. 1191/69 und 1192/69 vorgesehenen Fällen gewähren können.

119. Für diese Frage ist folgender Artikel 3 Nummer 2 der Verordnung Nr. 1107/70 einschlägig:

117. Daher schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die letzte Vorlagefrage zu antworten, dass Artikel 77 EG-Vertrag den Behörden eines Mitgliedstaats nicht die Möglichkeit eröffnet, Zuschüsse zum Ausgleich der Kosten der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes im Bereich der Per-

„Unbeschadet... der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69... erlegen [die Mitgliedstaaten] mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundene Belastungen..., die die Gewährung von Beihilfen im Sinne von Artikel 77 des Vertrages zur Folge haben, [nur in folgenden Fällen auf]:

1. ...

2. ...

¹³⁹ — Fünfte Begründungserwägung.

¹⁴⁰ — Hervorhebung von mir.

bis zum Inkrafttreten entsprechender gemeinschaftlicher Regelungen, sofern die Zahlungen an Unternehmen des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs zum Ausgleich der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes erfolgen, die diesen Unternehmen vom Staat oder von öffentlich-rechtlichen Körperschaften auferlegt werden und

Deutschland eigenwirtschaftlich betriebenen regionalen Personenverkehrsdienste vom Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 1191/69 ausgenommen sind. Zum anderen gibt es mit Ausnahme dieser Verordnung gegenwärtig noch keine spezifische gemeinschaftliche Regelung für die öffentlichen Personenbeförderungsdienste auf der Straße.

- entweder Tarifpflichten, die in Artikel 2 Absatz 5 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 nicht enthalten sind,
- oder aber Verkehrsunternehmen oder Verkehrstätigkeiten betreffen, die vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausgeschlossen sind.“

122. Unter diesen Umständen bin ich der Ansicht, dass die Verordnung Nr. 1107/70 den Behörden der Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnen kann, nach Artikel 77 EG-Vertrag Beihilfen zu gewähren, die die Kosten der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes ausgleichen sollen, die sie einem Unternehmen auferlegen, das einen regionalen Personenbeförderungsdienst auf der Straße betreibt.

120. Nach Artikel 3 Nummer 2 der Verordnung Nr. 1107/70 können die Mitgliedstaaten somit Beihilfen nach Artikel 77 EG-Vertrag gewähren, wenn die begünstigten Unternehmen oder die fraglichen Verkehrstätigkeiten vom Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 1191/69 ausgenommen sind und es noch keine spezifische gemeinschaftliche Regelung für den betreffenden Sektor gibt.

123. Das vorliegende Gericht ist jedoch auf die Erfordernisse hinzuweisen, die nach Artikel 5 der Verordnung Nr. 1107/70 und der Rechtsprechung des Gerichtshofes bestehen.

121. Meiner Meinung nach sind diese beiden Anwendungsvoraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt. Wir haben zum einen gesehen, dass die in der Bundesrepublik

Artikel 5 der Verordnung bestimmt, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, bei der Kommission gemäß Artikel 93 Absatz 3 EG-Vertrag die Pläne zur Einführung oder Änderung von Beihilfen anzumelden und ihr hierbei „sämtliche Einzelheiten [mitzuteilen], die zum Nachweis der Vereinbarkeit der Beihilfen mit dieser Verordnung erforderlich sind“.

Außerdem hat der Gerichtshof entschieden, dass „Artikel 77 des Vertrages, der Beihilfen für den Verkehr nur in ganz bestimmten Fällen und nur dann, wenn sie den allgemeinen Interessen der Gemeinschaft nicht abträglich sind, für vereinbar mit dem Vertrag erklärt, sich nicht dahin auswirken, die Beihilfen für den Verkehr dem allgemeinen Regelungssystem des Vertrages betreffend die staatlichen Beihilfen und den dort vorgesehenen Kontrollen und Verfahren zu entziehen“¹⁴¹.

124. Daraus folgt, dass die Behörden der Mitgliedstaaten Beihilfen nach der Verordnung Nr. 1107/70 nur gewähren können, wenn sie ihr Vorhaben zuvor bei der Kommission angemeldet und von dieser eine Entscheidung erhalten haben, mit der die Beihilfe für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wird.

125. In der vorliegenden Rechtssache hat das Bundesverwaltungsgericht somit zu prüfen, ob die von den zuständigen Behörden gewährten Zuschüsse die Voraussetzungen des Artikels 92 Absatz 1 EG-Vertrag erfüllen. Bejahendenfalls hat sich das vorlegende Gericht außerdem zu vergewissern, dass die Beihilfen gemäß Artikel 93 Absatz 3 EG-Vertrag bei der Kommission angemeldet und nicht ohne vorherige Genehmigung gewährt wurden.

Ist dies nicht der Fall, so hat das vorlegende Gericht nach der Rechtsprechung des Ge-

richtshofes¹⁴² sicherzustellen, dass auf der Ebene seines nationalen Rechts alle Konsequenzen aus diesem Verstoß gezogen werden¹⁴³. Diese Konsequenzen bedeuten, dass das nationale Gericht gegebenenfalls

— die Rückforderung der streitigen Beihilfen anordnet¹⁴⁴;

— die Rechtswidrigkeit der Maßnahme, mit der die streitigen Beihilfen eingeführt werden, und die Rechtswidrigkeit der Durchführungsmaßnahmen feststellt¹⁴⁵;

— die zuständigen staatlichen Stellen zum Ersatz des Schadens verurteilt, der dem Beihilfeempfänger¹⁴⁶ sowie seinen Konkurrenten¹⁴⁷ aufgrund der Gewährung der Beihilfe möglicherweise entstanden ist¹⁴⁸.

142 — Urteile *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires* und *Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon* (Randnr. 12) und *SFEI* u. a. (Randnr. 40).

143 — Für eine eingehendere Darstellung dieser Konsequenzen vgl. meine Schlussanträge vom 6. Dezember 2001 in der Rechtssache C-197/99 P (*Belgien/Kommission*, noch beim Gerichtshof anhängig, Nr. 74).

144 — Urteile *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires* und *Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon* (Randnrn. 12 und 13) und *SFEI* u. a. (Randnrn. 40 und 43).

145 — A. a. O.

146 — Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Tesouro in der Rechtssache *Tubemeuse* (S. I-985).

147 — Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs in der Rechtssache *SFEI* u. a. (Nr. 77).

148 — Vgl. in diesem Sinne J.-P. Keppenne (Nr. 408), und A. Frignani, *Commentaire J. Megret, Le droit de la CE, volume 4, Concurrence*, Éditions de l'université de Bruxelles, Brüssel 1997, 2. Auflage (Nr. 319).

141 — Urteil vom 12. Oktober 1978 in der Rechtssache 156/77 (*Kommission/Belgien*, Slg. 1978, 1881, Randnr. 10).

126. Demzufolge ist dem Bundesverwaltungsgericht zu antworten, dass Artikel 77 EG-Vertrag den Behörden eines Mitgliedstaats nicht die Möglichkeit eröffnet, ohne Einhaltung der in der Verordnung Nr. 1191/69 *oder* andernfalls in der Verordnung Nr. 1107/70 aufgestellten

Voraussetzungen Zuschüsse zu gewähren, die die Kosten der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes ausgleichen sollen, die sie einem Unternehmen auferlegen, das einen regionalen Personenbeförderungsdienst auf der Straße betreibt.

VIII — Ergebnis

127. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof somit vor, die drei Fragen des Bundesverwaltungsgerichts wie folgt zu beantworten:

1. Nach Artikel 1 Absatz 1 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs in der durch die Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 des Rates vom 20. Juni 1991 geänderten Fassung ist es einem Mitgliedstaat nicht verwehrt, nach Inkrafttreten dieser Vorschrift gesetzgeberisch tätig zu werden, um nur eine bestimmte Kategorie regionaler Personenverkehrsdienste wie eigenwirtschaftlich erbrachte Verkehrsleistungen im Sinne der §§ 8 Absatz 4 und 13 des Personenbeförderungsgesetzes von dieser Verordnung auszunehmen.

2. Zuschüsse, die die Behörden eines Mitgliedstaats zum Ausgleich der Kosten der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes gewähren, die sie einem Unternehmen auferlegen, das mit dem Betrieb eines örtlichen oder regionalen Personenverkehrsdienstes betraut ist, stellen staatliche Beihilfen dar, die unter das Verbot des Artikels 92 Absatz 1 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 87 Absatz 1 EG) fallen können. Weder der verhältnismäßig geringe Umfang der Zuschüsse noch die verhältnismäßig geringe Größe des begünstigten Unternehmens schließt von vornherein die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten im Sinne dieser Vorschrift aus.
3. Artikel 77 EG-Vertrag (jetzt Artikel 73 EG) eröffnet den Behörden eines Mitgliedstaats nicht die Möglichkeit, ohne Beachtung der Verordnung Nr. 1191/69 oder andernfalls der Verordnung (EWG) Nr. 1107/70 des Rates vom 4. Juni 1970 über Beihilfen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr Maßnahmen zur Genehmigung von Zuschüssen zu treffen, die die Kosten der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes ausgleichen sollen, die sie einem Unternehmen auferlegen, das einen regionalen Personenbeförderungsdienst auf der Straße betreibt.