

## Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS .....	17
1. KAPITEL EINLEITUNG .....	21
A) Vorbemerkung und Gang der Arbeit .....	22
B) Einführung in die Problematik: Die Bedeutung von Finanzierungsfragen in den einzelnen Schichten des die Fragen des ÖPNV normierenden Rechts .....	25
I.) Das Personenbeförderungsgesetz.....	26
1.) Vom Anwendungsbereich erfasste Beförderungen .....	26
2.) Genehmigungspflicht.....	27
3.) Genehmigungsvoraussetzungen im Überblick .....	29
a) Übersicht.....	29
b) Finanzierungsfragen im gewerberechtlichen Kontext .....	31
aa) Chronisch defizitärer Betrieb .....	31
bb) Staatlicher Gewährleistungsauftrag.....	32
cc) Staatliche Kofinanzierung .....	34
dd) Finanzierungsfragen beim Marktzugang.....	36
c) Fehlen einer Pflicht zur Prüfung von Finanzierungsfragen im PBefG .....	37
4.) Traditionelles Prüfungsprogramm zur Erteilung einer Gewerbekontrollerlaubnis.....	38
II.) Sekundäres Gemeinschaftsrecht: Die Verordnung (EWG) 1191/69 ....	38
1.) Der Inhalt der Verordnung im Überblick .....	39
2.) Auswirkungen auf das deutsche Personenbeförderungsrecht .....	41
3.) Anwendbarkeit der Verordnung oder Teilbereichsausnahme eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen?.....	43
a) Bedeutung für die Untersuchung.....	44
b) Grundsätzliche Möglichkeit einer Teilbereichsausnahme nach Auffassung des Gerichtshofs.....	44
c) Rechtssichere Abgrenzung eigen- und gemeinwirtschaftlicher Verkehre im Sinne des Gerichtshofes? .....	45
4.) Arbeitshypothese für den weiteren Gang der Untersuchung.....	49
III.) Kofinanzierung im Lichte des allgemeinen europäischen Beihilfenrechts.....	51
1.) Die Rechtsache „Altmark Trans“: Sachverhalt und Verfahrensgang .....	51
2.) Vereinbarkeit von Ausgleichszahlungen mit dem EG-Beihilfenrecht .....	53

a) Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten.....	53
b) Begünstigung .....	54
aa) Uneinheitliche Rechtsprechung vor der „Altmark Trans-Entscheidung“ .....	54
bb) Neue Konturierung des Beihilfenbegriffs im „Altmark Trans-Urteil“ .....	55
cc) Entwicklung der vier „Altmark Trans-Kriterien“ .....	56
c) Materielle Parallelität der Altmark-Kriterien zu der VO (EWG) 1191/69 .....	57
3.) Unanwendbarkeit des Art. 73 EG .....	58
4.) Fazit der „Altmark Trans-Rechtsprechung“ .....	58
<b>IV.) Das Folgeproblem: Der Prüfungsumfang im personenbeförderungsrechtlichen Genehmigungsverfahren .....</b>	<b>59</b>
<b>2. KAPITEL PRÜFUNGSPFLICHT AUS GEMEINSCHAFTSRECHT? .....</b>	<b>61</b>
A) Ausgangspunkt: Vom mitgliedsstaatlichen Recht geprägte Argumentation der Gegner einer Prüfungspflicht.....	61
I.) Der Verweis auf das Prüfungsprogramm des PBefG.....	62
II.) Der Hinweis auf § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG .....	64
III.) Argumentation mit Sinn und Zweck des gewerbeaufsichtsrechtlichen Verfahrens.....	65
IV.) Argumentation mit den Befugnissen der Genehmigungsbehörde im Verhältnis zum Aufgabenträger .....	65
V.) Aspekt der Praktikabilität der Beihilfenprüfung im Genehmigungsverfahren .....	66
VI.) BVerwG: Keine Beeinträchtigung der Durchsetzung des EG-Beihilfenrechts .....	67
B) Argumentativer Ansatz vor dem Hintergrund der Prinzipien des Zusammenspiels von mitgliedsstaatlichem Recht und Gemeinschaftsrecht .....	68
I.) Gemeinschaftsrecht und mitgliedsstaatliches Recht als verwobene Rechtsordnungen .....	69
II.) Pflicht zur Gemeinschaftstreue.....	70
1.) Effektiver Vollzug von Gemeinschaftsrecht .....	70
2.) Lösung möglicher Normkollisionen .....	71
a) Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts .....	72
b) Konsequenzen für Zusammenspiel der Rechtsordnungen .....	74

3.) „Prüfungsprogramm-Argument“ vor dem Hintergrund des europäisierten Verwaltungsrechts.....	75
III.) Maßgeblich: Zwingt Gemeinschaftsrecht zur Beihilfenprüfung im Genehmigungsverfahren? .....	76
C) Auswirkungen der Beihilfenkontrolle auf das nationale Genehmigungsrecht?.....	76
I.) Die unmittelbare Wirkung des Durchführungsverbotes (Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG) als Grundlage möglicher Einwirkungen in die nationale Rechtsordnung .....	77
II.) Die Aufgabenverteilung im Rahmen der Kontrolle neuer Beihilfen ....	78
1.) Aufgaben und Kompetenzen der Kommission.....	78
a) Vorläufiges Prüfungsverfahren (Vorverfahren).....	79
b) Förmliches Prüfungsverfahren (Hauptverfahren) .....	80
2.) Aufgaben und Kompetenzen nationaler Stellen .....	82
3.) Präzisierung des „Prüfungsmonopols“ der Kommission .....	83
III.) Beeinflussung des personenbeförderungsrechtlichen Genehmigungsverfahrens durch das Durchführungsverbot?.....	85
1.) Exkurs: Die unterlassene Notifizierung als Verstoß gegen Art. 88 Abs. 3 S. 1 EG .....	86
2.) Die Reichweite des Durchführungsverbotes (Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG) – Vorgaben aus den primärrechtlichen Vorschriften des EG-Beihilfenrechts? .....	87
a) Wortlaut – Beschränkung der Verbotswirkung auf das „Beihilfeverhältnis“ zwischen Geber und Empfänger? .....	88
aa) Parallelen zu der Diskussion über die Nichtigkeit von Bürgschaftsverträgen .....	88
bb) Forderungen nach Beschränkung der Verbotswirkung auf das „Beihilfeverhältnis“ im Lichte des Wortlauts des Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG .....	89
b) Systematische Erwägungen .....	91
c) Sinn und Zweck des Durchführungsverbotes .....	93
aa) Verfahrenssichernde Funktion.....	93
bb) Schutz des unverfälschten, innergemeinschaftlichen Wettbewerbs .....	94
cc) Zeitliche Bestimmung des Eintritts zu verhindernder Wettbewerbsverzerrungen und Konsequenzen für die Reichweite des Durchführungsverbotes .....	95
aaa) Beschränkung des Zwecks auf Sicherung von Rückforderungsmöglichkeiten? .....	96
bbb) Verhinderung des Eintritts einer Wettbewerbsverzerrung? .....	97
(1) Präventionsgedanke des Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG .....	97

(2) Aspekte des Konkurrentenschutzes: Anderweitiger effektiver Schutz unterlegener Konkurrenten?	100
(a) Beihilfebeschwerde bei der Kommission .....	103
(b) Rechtsschutz des Konkurrenten in den Verfahren vor den nationalen Gerichten zur Verhinderung der Auszahlung oder zum Erwirken der Rückgewähr einer Beihilfe .....	105
(aa) Primärer Rechtsschutz gegen die öffentliche Hand ....	106
(bb) Amtshaftungs- bzw. Schadensersatzansprüche gegen die öffentliche Hand? .....	108
(cc) Schadensersatzansprüche gegen den Beihilfempfänger bzw. die öffentliche Hand wegen unlauteren Wettbewerbs?.....	111
(c) Bewertung der Rechtsschutzmöglichkeiten des Wettbewerbers .....	114
(3) Effektivität des Rechtsschutzes bei Ablehnung einer Beihilfenprüfung im Genehmigungsverfahren .....	115
ccc) Rückschlüsse auf die Auslegung von Sinn und Zweck des Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG .....	117
dd) Fazit nach Auslegung des Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG .....	117
d) Zusammenfassung der primärrechtlichen Vorgaben zur Reichweite des Durchführungsverbotes.....	118
3.) Vorgaben aus sekundärrechtlichen Vorschriften?.....	119
a) Die Verfahrensverordnung: VO (EG) 659/99 .....	120
b) Nichtanwendung der VO 1191/69.....	120
c) Fazit .....	121
4.) Vorgaben aus der Rechtsprechung des EuGH?.....	122
a) Vorgaben zur Beihilfenprüfung im „Altmark-Trans-Urteil“? .....	122
b) Parallelen zum Vergaberecht?- Die Kontroverse über mögliche Rückschlüsse aus der Rechtsprechung in der Rechtssache „ARGE-Gewässerschutz“ .....	124
aa) Unterschiedliche Standpunkte der VK Düsseldorf und des OLG Düsseldorf .....	126
bb) Aussagen des Gerichtshofes in der Rechtssache „ARGE-Gewässerschutz“?.....	129
aaa) Sachverhalt.....	129
bbb) Interpretation der „ARGE-Rechtsprechung“ durch das OLG Düsseldorf.....	130
ccc) Ansatz der Ablehnung einer Beihilfeprüfung im ÖPNV unter Verweis auf die „ARGE-Rechtsprechung“ .....	131
ddd) Differenzierte Aussagen des Gerichtshofes.....	131
cc) Kritische Würdigung der dargelegten Ansätze .....	133

dd) Rückschlüsse auf den personenbeförderungsrechtlichen Genehmigungswettbewerb nach § 13 PBefG.....	135
c) Fazit .....	137
5.) Vereinbarkeit mit dem gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.....	137
a) Geeignetheit.....	139
b) Erforderlichkeit.....	140
c) Angemessenheit.....	142
d) Fazit .....	144
6.) Zusammenfassung: Einfluss des EG-Beihilfenrechts auf das mitgliedsstaatliche Genehmigungsverfahren nach § 13 PBefG .....	144
<b>IV.) Zwischenergebnis .....</b>	<b>145</b>
<b>D) Prüfungsauftrag der Genehmigungsbehörde.....</b>	<b>146</b>
I.) Einwand der Überforderung der Verwaltung durch die Befassung mit Finanzierungsfragen insbesondere laut BLFA-Bericht.....	146
1.) Problem der Aufschlüsselung von Leistungserbringung und gewährten Zuwendungen? .....	147
2.) Gefahr der Verfahrensverzögerung und Einwand des Vertrauens in die Richtigkeit der Genehmigungsentscheidung .....	148
3.) Hinweis auf die besonderen Schwierigkeiten beihilferechtlicher Prüfungen.....	148
II.) Grundsätzliche Zulässigkeit der Argumentation als Auslegungskriterium? .....	149
1.) Maßstab des Gerichtshofes bei Fragen der Praktikabilität .....	149
2.) Der Verweis auf die praktische Überforderung im Lichte des Rechtsstaatsprinzips.....	150
3.) Konsequenzen einer praktisch nicht überprüfbaren Kumulation .....	152
4.) Zulässigkeit der Ablehnung einer Prüfungskompetenz unter Verweis auf die möglichen Konsequenzen fehlerhafter Prüfungsentscheidungen? .....	152
III.) Tatsächliche Überforderung? – Konkretisierung des Prüfungsauftrages der Genehmigungsbehörde .....	153
1.) Umfang des Prüfungsauftrages der Genehmigungsbehörde .....	153
a) Effektive Beihilfekontrolle unter Wahrung der Aufgabenteilung zwischen nationalen Stellen und Kommission.....	154
b) Der Prüfungsauftrag der Genehmigungsbehörde.....	155
2.) Überforderung durch ermitteltes Prüfungsprogramm?.....	158
a) Skizzierung der vier Kriterien des „Altmark Trans-Urteils“ .....	158
b) Bewältigung ähnlicher Prüfungen in anderen Rechtsgebieten .....	159

c.) Vergleich mit der Komplexität anderer Prüfungsaufgaben im personenbeförderungsrechtlichen Genehmigungsverfahren.....	159
3.) Fazit.....	160
IV.) Zwischenergebnis .....	160
E) Zusammenfassung.....	161
<b>3. KAPITEL VERFASSUNGSRECHTLICHE ASPEKTE.....</b>	<b>163</b>
A) Die Rechtslage nach deutschem Subventionsrecht.....	164
I.) Einleitung: Konkurrenzverhältnisse im Wirtschaftsverwaltungsrecht .....	164
II.) Verortung subjektiver öffentlicher Rechte des Konkurrenten gegen eine Verstellung der Wettbewerbslage .....	165
1.) Der Begriff der Wettbewerbsfreiheit .....	166
2.) Einordnung des unbenannten Grundrechts der Wettbewerbsfreiheit in die Grundrechtsdogmatik.....	167
a) Freiheitsrechte .....	167
b) Gleichheitssatz und Wettbewerbsfreiheit.....	167
3.) Fazit.....	168
III.) Schutzbereich der Wettbewerbsfreiheit.....	168
1.) Sachlicher Schutzbereich.....	169
2.) Persönlicher Schutzbereich .....	170
a) Natürliche Personen: Wettbewerbsfreiheit für Nicht-Deutsche?....	171
aa) „Nicht-EU-Ausländer“ .....	171
bb) Bürger der Europäischen Union.....	173
b) Juristische Personen und sonstige Personenvereinigungen?.....	174
c) Die öffentliche Hand als Grundrechtsträger der Wettbewerbsfreiheit?.....	175
3.) Zwischenergebnis .....	178
IV.) Eingriff durch Subventionierung.....	178
1.) Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit nach modernem Eingriffsverständnis .....	179
2.) Anforderungen an die Schwere der Belastung – Das Erfordernis qualifizierter Betroffenheit .....	181
a) Traditioneller Ansatz und Kritik .....	181
b) Entwicklungen in der Rechtsprechung von BVerfG und BVerwG.....	182
c) Rückschlüsse auf die Eingriffsqualität von Bezuschussungen im Personenbeförderungsrecht	184
V.) Rechtfertigung	184

VI.) Zwischenergebnis .....	185
B) Ergebnis.....	186
<b>4. KAPITEL DOGMATISCHE VERANKERUNG DES ERMITTELTEΝ ERGEBNISSES IM PRÜFUNGSPROGRAMM DES § 13 PBefG .....</b>	<b>187</b>
A) Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts.....	187
I.) Ablauf .....	188
II.) Normative Quelle .....	189
III.) Grenzen.....	190
B) Untersuchung einzelner Genehmigungsvoraussetzungen auf die Möglichkeit einer rechtstechnischen Einbindung der Pflicht zur Beihilfenprüfung .....	192
I.) Die Inanspruchnahme rechtswidriger Beihilfen als Ausdruck der persönlichen Unzuverlässigkeit des Betroffenen im Sinne von § 13 Abs. 1 Nr. 1 PBefG?.....	192
1.) Grundlagen der Genehmigungsvoraussetzung der Zuverlässigkeit ..	192
a) Einheitliche Funktion bei unterschiedlichem Bedeutungsgehalt ..	193
b) Gesetzespezifische Konkretisierung im Personenbeförderungsrecht .....	194
2.) Einbindung der Beihilfekonformität der Finanzierung?.....	196
a) Einbeziehung von Verstößen gegen wettbewerbsrechtliche Verpflichtungen in die Beurteilung der Zuverlässigkeit? .....	196
b) Zuverlässigkeit als Wesenseigenschaft .....	197
3.) Fazit.....	200
II.) Die Inanspruchnahme rechtswidriger Beihilfen als Ausdruck fehlender finanzieller Leistungsfähigkeit des Betriebs im Sinne des § 13 Abs. 1 Nr. 1 PBefG .....	200
1.) Konkretisierung der Genehmigungsvoraussetzung in der PBZugV als Umsetzung der Richtlinie 1996/26/EG .....	200
2.) Ablehnende Ansätze des Bundesverwaltungsgerichtes.....	202
3.) Einwand der Beeinträchtigung finanzieller Leistungsfähigkeit durch drohende Rückzahlungen?.....	204
4.) Bedeutung des § 2 Abs. 1 PBZugV .....	205
5.) Fazit.....	207
III.) Beihilferechtswidrige Finanzierung als entgegenstehendes öffentliches Verkehrsinteresse im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG?.....	207

1.) Systematische Erwägungen gegen die Einbeziehung des Erfordernisses beihilfenkonformer Bezuschussungen?.....	208
2.) Argumentationsansätze zugunsten einer Einbeziehung von Finanzierungsfragen.....	209
a) Systematische Erwägungen: Wirtschaftlichkeit im Sinne des § 8 Abs. 3 S. 1 PBefG als Bestandteil öffentlicher Verkehrsinteressen .....	209
b) Ansatz des VGH Mannheim: Prüfung der Ernsthaftigkeit und Realisierbarkeit der Verkehrsbedienung .....	210
c) Leistungsfähigkeit im Sinne des öffentlichen Verkehrsinteresses an Kostendeckung?.....	211
d) Forderung nach Einbeziehung von Gemeinschaftsinteressen.....	211
3.) Beihilfekonforme Finanzierung: Subjektive Genehmigungsvoraussetzung oder objektiver Versagungsgrund?....	212
<b>IV.) Rückschlüsse aus der Legaldefinition der Eigenwirtschaftlichkeit           (§ 8 Abs. 4 S. 2 PBefG).....</b>	<b>213</b>
1.) Ansatz eines weiten Verständnisses des § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG .....	214
2.) Forderung nach gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung des § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG .....	215
a) Ausschluss der Eigenwirtschaftlichkeit bei Zuschussbedürftigkeit.	215
b) Forderung nach Ausschluss jedenfalls beihilferechtswidriger Bezuschussung .....	216
3.) Stellungnahme.....	217
<b>V.) Vermittelnder Ansatz: Berücksichtigung der Finanzierung bei offensichtlicher Rechtswidrigkeit .....</b>	<b>217</b>
<b>C) Zusammenfassung und Ergebnis .....</b>	<b>218</b>
<b>5. KAPITEL DIE REFORM DES GEMEINSCHAFTSRECHTLICHEN           REGELUNGSRAHMENS DES ÖPNV - AUSBLICK AUF           DIE BEURTEILUNG DES UNTERSUCHUNGSGEGENSTANDS           NACH INKRAFTTREten DER VO (EG) 1370/2007 .....</b>	<b>221</b>
<b>A) Grundstrukturen der Verordnung.....</b>	<b>222</b>
I.) Zweck und Ziele .....	222
II.) Rechtssetzungsverfahren unter Berücksichtigung des „Altmark Trans-Urteils“ .....	223
1.) Novellierungserfordernisse.....	223
2.) Das Verfahren .....	224
3.) Inkrafttreten, Übergangsfristen und Bestandsschutz.....	225
III.) Anwendungsbereich ohne die Möglichkeit nationaler (Teilbereichs-) Ausnahmen	226

IV.) Das Verhältnis der VO 1370/07 zum europäischen Beihilfenrecht ....	227
V.) Zentraler Begriff der Verordnung: Der öffentliche Dienstleistungsauftrag .....	228
1.) Voraussetzungen .....	228
a) Ausgangspunkt: Das Modell des regulierten Wettbewerbs .....	229
b) Zuständige Behörde.....	229
c) Betreiber eines öffentlichen Dienstes.....	230
d) Ausschließliche Rechte .....	230
e) Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen .....	231
f) Ausgleichsleistungen für die Übernahme gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen.....	232
aa) Berücksichtigung der „Altmark Trans-Kriterien“ in der VO....	232
bb) Bereichsspezifische Konkretisierung der „Altmark Trans-Kriterien“.....	233
g) Rechtsverbindlicher Akt zwischen Behörde und Betreiber .....	235
2.) Vergabe .....	236
a) „Vorrang“ des allgemeinen europäischen Vergaberechts.....	236
b) Vergabe im Wettbewerb.....	238
c) Direktvergabe .....	239
3.) Inhalt .....	239
VI.) Veröffentlichungspflichten.....	240
VII.) Kompetenz zur Prüfung der Finanzierungsfragen – Regelungen der VO 1370/07 und mögliche Rückschlüsse auf deren Einwirkungstiefe in das nationale Recht .....	241
1.) Grundlage: Die „Altmark Trans-Kriterien“ in Primär- und Sekundärrecht .....	241
2.) Aussagen der VO 1370/07 .....	242
3.) Rückschlüsse aus der Regelung des Art. 6 Abs. 2 VO 1370/07.....	243
a) Bestätigung einer ausschließlichen Prüfungskompetenz der Kommission unter Berufung auf den Wortlaut? .....	243
b) Verständnis des Art. 6 Abs. 2 VO 1370/07 vor dem Hintergrund der Aufgabenteilung zwischen Kommission und nationalen Stellen .....	244
c) Ziel der Verordnung .....	244
4.) Fazit.....	245
VIII.) Zwischenergebnis .....	245
B) Novellierungserfordernisse im nationalen Recht.....	246
I.) Auswirkungen auf die personenbeförderungsrechtliche Genehmigung .....	247

1.)	Die Rechtsnatur der Genehmigung nach dem PBefG vor dem Hintergrund der Anforderungen an den öffentlichen Dienstleistungsauftrag .....	247
a)	Genehmigungen nach dem PBefG als ausschließliche Rechte im Sinne der VO 1370/07?.....	248
b)	Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Sinne der VO durch Genehmigungen nach dem PBefG? .....	249
c)	Wahrung des Gegenzugprinzips der VO 1370/07 im PBefG? .....	250
2.)	Behörde im Sinne der VO 1370/07 im nationalen Personenbeförderungsrecht – Auswirkungen auf das personenbeförderungsrechtliche Genehmigungsverfahren? .....	250
a)	Aufgabenverteilung nationaler Behörden nach dem PBefG vor Inkrafttreten der VO 1370/07 .....	251
b)	Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben in der VO 1370/07 für die Aufgabenverteilung nationaler Behörden? .....	252
c)	Vorschläge zur Modifizierung des Zuständigkeitsverhältnisses im PBefG nach Inkrafttreten der VO 1370/07 .....	253
aa)	Forderungen nach Abschaffung des personenbeförderungsrechtlichen Genehmigungsverfahrens .....	253
bb)	Forderung nach Stärkung der Mitwirkungsrechte des Aufgabenträgers (bei gleichzeitiger Beibehaltung des personenbeförderungsrechtlichen Genehmigungsverfahrens) ...	255
d)	Rückschlüsse auf die Kompetenzverteilung bei der Prüfung von Finanzierungsfragen .....	257
3.)	Auswirkungen der VO 1370/07 auf das Genehmigungsverfahren nach dem PBefG .....	258
a)	Aufgabe der Unterscheidung zwischen eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren .....	258
b)	Gesetzgeberischer Handlungsbedarf: Unterscheidung zwischen vergabe- und beihilferechtlicher Würdigung .....	259
4.)	Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften .....	261
II.)	Auswirkungen einer Novellierung des PBefG .....	262
C)	Fazit.....	262
6. KAPITEL ZUSAMMENFASSUNG.....		263
LITERATURVERZEICHNIS		267