

Droht überkompensierenden SPNV-Verträgen bei Verletzung des Durchführungsverbot nach Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG die Nichtigkeit?

von Prof. Dr. Christian Koenig*

Neben Erlösen aus den Beförderungsentgelten erhalten die Gesellschaften der Deutschen Bahn (DB) Regio über die Aufgabenträger des Schienenpersonennahverkehrs (SPNV) in den Ländern regelmäßig eine aus öffentlichen Haushalten gespeiste Zugkilometerpauschale. Würden im Rahmen der öffentlichen SPNV-Finanzierung Überkompensationen zugunsten der DB Regio nachgewiesen, so wäre der Beihilfentatbestand (Art. 87 Abs. 1 EG) erfüllt. Wenn die Notifizierungsfreistellung nach Art. 17 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 auf gemäß Art. 14 derselben Verordnung abgeschlossene SPNV-Verträge nicht anwendbar ist, muss die erforderliche Kommissionsgenehmigung eingeholt werden (Art. 88 Abs. 3 EG). Unterbleibt dies, liegt ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot nach Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG vor. Überkompensierende Verträge sind dann wegen der Verletzung dieses Durchführungsverbot nach § 134 BGB nichtig. Die Problematik bleibt auch nach dem Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 am 3. Dezember 2009 relevant, welche die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 aufhebt und durch einen neugestalteten verkehrsbeihilfen- und vergaberechtlichen Rahmen ersetzt.

I. Rechtsnatur der SPNV-Verträge

SPNV-Verträge sind entweder als entgeltliche gegenseitige Verträge, als Zuwendungsverträge oder als öffentlich-rechtliche Auflegungsverträge zu qualifizieren. Ein Zuwendungsvertrag ist kein Vertrag i. S. d. Art. 1 Abs. 4 i. V. m. Art. 14 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69. Die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 wäre insgesamt nicht anwendbar, da ein Zuwendungsvertrag kein gegenseitiger entgeltlicher Vertrag i. S. v. Art. 14 der Verordnung ist. Bei einem Zuwendungsvertrag stellt die öffentliche Hand einem Unternehmen Geldmittel mit einer Verwendungsaufgabe – den Vorgaben nach § 23 BHO entsprechend – zur Verfügung, ohne dass ein Entgelt für bestimmte Leistungen vereinbart wird.¹ Bei einem Zuwendungsvertrag gibt es keinen „Preis“ i. S. v. Art. 14 Abs. 2 lit. b der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69. Der durch die Änderungsverordnung (EWG) Nr. 1893/91 des Rates vom 20. Juni 1991 eingeführte Art. 14 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 und insbesondere dessen Absatz 2 litera b („der Preis für die vertraglich vereinbarten Dienstleistungen“) setzt ein Austauschverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraus,² welches bei einem Zuwendungsvertrag gerade fehlt. Die vorherrschende Rechtsprechung und die Entscheidungspraxis der Vergabekammern zu Verkehrsverträgen, welche Verkehrsleistungen mit Preisen verknüpfen, qualifizieren diese – trotz der Weiterleitung von staatlichen Zuwendungen – nicht als einseitige finanzielle Zuwendungen, sondern als Austauschverträge i. S. v. Art. 14 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69.³ Im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens kommt es nicht auf die haushaltsrechtliche Organisation der Mittelflüsse an. Gleich, ob eine Direktfinanzierung aus dem Haushalt des öffentlichen

Auftraggebers (vgl. § 98 Nr. 1 GWB) oder eine Finanzierung aus weitergeleiteten staatlichen Zuwendungen (vgl. § 98 Nr. 2 und Nr. 5 GWB) vorliegt, bleiben öffentliche Aufträge nach § 99 Abs. 1 GWB gegenseitige und entgeltliche Verträge.

Schließlich bedarf es noch einer Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichen Auflegungsverträgen und entgeltlichen gegenseitigen Verträgen nach Art. 14 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69. Anstelle einer hoheitlichen Auflegung von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes (Art. 1 Abs. 5 der Verordnung [EWG] Nr. 1191/69) kann nach § 54 S. 2 VwVfG auch ein öffentlich-rechtlicher (subordinationsrechtlicher) Auflegungsvertrag abgeschlossen werden. Ein solcher Auflegungsvertrag unterfällt nicht dem Vertragstatbestand des Art. 14 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69, da bei dessen – den Verwaltungsakt der Auflegung ersetzenden – Abschluss die Finanzierungsparameter gerade nicht von den Vertragsparteien frei verhandelt werden, sondern sich an den strikt kostenorientierten Vorgaben nach Art. 10-13 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 orientieren müssen. Das Gemeinschaftsrecht kennt nur die Auflegung (als hoheitlichen Akt) und den Vertrag nach Art. 14 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69. Zwar können die Parteien im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Auflegungsvertrages i. S. v. § 54 S. 2 VwVfG den Leistungsinhalt gemeinsam durch Verhandlungen optimieren. Gleichwohl richtet sich dann die Kostenerstattung streng nach Art. 10-13 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69. Die dort geregelten Finanzierungsparameter sind nicht verhandelbar. Öffentlich-rechtliche Auflegungsverträge bleiben gemeinschaftsrechtlich Auflegungen von Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes i. S. v. Art. 1 Abs. 5 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69; lediglich die auch nach der Verordnung den Mitgliedstaaten verbleibende Zuständigkeit für die verwaltungsrechtliche Umsetzung des Auflegungsverhältnisses ermöglicht in Deutschland nach § 54 S. 2 VwVfG einen subordinationsrechtlichen Vertrag, der nicht die Voraussetzungen von Art. 14 der Verordnung erfüllt, vielmehr den Vorschriften des kostenorientierten Auflegungsregimes nach Art. 9-13 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 entsprechen muss.

* Die Abhandlung beruht auf einem im Auftrag der Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (VRR) AöR erstellten Rechtsgutachten, abrufbar unter <http://vrr.de/imperia/md/content/downloads/db_verhandlungen/gutachten_prof_koenig.pdf> (zuletzt abgerufen am 2.12.2008). Das VG Gelsenkirchen hat am 19.12.2008 in dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren der DB Regio NRW GmbH gegen den VRR (Az. 14 K 2147/07) ein erstinstanzliches Urteil erlassen, mit welchem der Leistungsklage der DB Regio NRW GmbH weitgehend stattgegeben wurde. Die Urteilsgründe lagen bei Redaktionsschluss noch nicht vor.

1 Byok/Müller-Kabisch, Der Nahverkehr 11/2007, 24, 25.

2 OLG Brandenburg, NZBau 2003, 688 (Beschl. v. 2.9.2003 – Az. VergW 3/03, VergW 5/03) (= N&R 2004, 84).

3 Vergabekammer Magdeburg, ZfBR 2002, 706 (Beschl. v. 6.6.2002 – Az. 33-32571/07 VK 05/02 MD); OLG Brandenburg, NZBau 2003, 688 (Beschl. v. 2.9.2003 – Az. VergW 3/03, VergW 5/03) (= N&R 2004, 84); Vergabekammer Stuttgart, NZBau 2005, 239 (Beschl. v. 6.12.2004 – Az. VII Verg. 79/04); BVerwGE 81, 312 (Urt. v. 15.3.1989 – Az. 7 C 42.87).

II. Der Beihilfentatbestand nach Art. 87 Abs. 1 EG

Da gegenseitige entgeltliche SPNV-Verträge i. S. v. Art. 14 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 nicht den Vorschriften des kostenorientierten Auferlegungsregimes nach Art. 9–13 dieser Verordnung unterliegen, können diese Vorschriften auch nicht im Sinne einer *lex specialis* die Anwendung des allgemeinen EG-Beihilfenregimes nach den Art. 87 Abs. 1 und Art. 88 Abs. 3 EG sperren.

Soweit die SPNV-Aufgabenträger (Länder, kommunale Gebietskörperschaften oder deren Organisationen) die vertraglich vereinbarten Leistungen an die DB-Regio-Gesellschaften aus staatlichen Haushaltsmitteln oder im Einzelfall ergänzend aus dem kommunalen Haushalt speisen, sind diese als staatliches Handeln i. S. v. Art. 87 Abs. 1 EG zu qualifizieren. Nach Art. 87 Abs. 1 EG „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“.

Ein Ausschluss des Beihilfentatbestandes kann durch Erfüllung der vier Voraussetzungen des Altmark-Trans-Urteils des EuGH vom 24. Juli 2003⁴ nachgewiesen werden. Die ersten drei Altmark-Voraussetzungen hat die Kommission im Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden,⁵ präzisiert.

1. Erste Altmark-Voraussetzung

Zunächst muss eine Betrauung mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erfolgt sein. Als Betrauungsakte müssen SPNV-Verträge zwischen Leistungen im eigenwirtschaftlichen Interesse der DB-Regio-Gesellschaften und kompensationsfähigen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen klar unterscheiden. Ob DB Regio mit Vertriebsleistungen auf Linien, die nicht von ihr betrieben werden, ohne Wettbewerb betraut werden kann, ist ein vergaberechtliches Problem. Nur die Betriebsdienste wären betraute gemeinwirtschaftliche Leistungen, vorausgesetzt die Art und Dauer der Gemeinwohlverpflichtungen wären präzise definiert und klar von den eigenwirtschaftlichen Leistungen abgegrenzt.

2. Zweite Altmark-Voraussetzung

Die zweite Altmark-Voraussetzung verlangt, dass die Parameter für die Berechnung der Entgelte *vorab, also vor der Leistungspflichtbegründung, objektiv und transparent* aufgestellt worden sind. Ausgleichspauschalen, die sich nicht anhand objektiver, nach Leistungskategorien differenzierender Daten transparent nachvollziehen lassen, sind unzulässig. Grundlage für die SPNV-Preisvereinbarungen sind aber nicht selten die den SPNV-Aufgabenträgern zur Verfügung stehenden Fördermittel sowie aus SPNV-Umlagen fließende Mittel. Nach einer solchen Maßgabe vereinbarte Durchschnittspreise je Zugkilometer werden zwar vorab, nicht aber auf der Grundlage von objektiven und transparenten Kalkulationsparametern festgelegt. Nach der zweiten Altmark-Voraussetzung müssen vertraglich vereinbarte Preise für die einzelnen Zugtypen

(S-Bahn, Regionalexpress oder Regionalbahn) kalkuliert werden, die sehr unterschiedlichen Kosten- und Erlösstrukturen unterliegen. Die Erlösstrukturen unterscheiden sich zudem nicht nur nach Zugtypen, sondern darüber hinaus nach Maßgabe der Fahrgastfrequentierung auf den einzelnen Linien und Streckenabschnitten. Werden diese in objektive und transparente Kalkulationsparameter umsetzbaren Daten bei SPNV-Preisvereinbarungen ausgeblendet, so ist die zweite Altmark-Voraussetzung nicht erfüllt.

3. Dritte und vierte Altmark-Voraussetzung

Die SPNV-Preise sind auf Ausgleichsbeträge zu beschränken, die erforderlich sind, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen verursachten Kosten unter Berücksichtigung eines marktangemessenen Gewinns (dritte Voraussetzung) „eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“ (vierte Voraussetzung) abzudecken. Werden die SPNV-Aufträge nicht in einem wettbewerbsoffenen Vergabeverfahren ausgeschrieben, so kann die Entgeltbeschränkung auf die Kosten „eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens“ durch ein Sachverständigengutachten nachgewiesen werden.

4. Wettbewerbsverfälschung und Handelsbeeinträchtigung

Überkompensationen können einen Umfang erreichen, der erhebliche Quersubventionspotentiale in dem vertikal integrierten Bahnkonzern der DB ermöglicht. Schon aus diesem Grund besteht kein ernsthafter Zweifel an einer Wettbewerbsverfälschung sowie einer Handelsbeeinträchtigung i. S. v. Art. 87 Abs. 1 EG.⁶

Wenn die Notifizierungsfreistellung nach Art. 17 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 nicht auf SPNV-Verträge nach Art. 14 der Verordnung anwendbar ist, müssen im Falle beihilfenverdächtiger Entgeltvereinbarungen Genehmigungen durch die Kommission im Rahmen einer Notifizierung der Beihilfe gemäß Art. 88 Abs. 3 EG eingeholt werden.

III. Anwendbarkeit der Notifizierungsfreistellung nach Art. 17 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 auf entgeltliche gegenseitige SPNV-Verträge?

Art. 17 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 lautet: „Auf Ausgleichszahlungen, die sich aus der Anwendung dieser Verordnung ergeben, ist das Verfahren zur vorherigen Unterrichtung gemäß Artikel 93 Abs. 3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft nicht anzuwenden.“

Im *Combus-Urteil* hat das EuG⁷ die Frage verneint, ob Zahlungen aufgrund eines öffentlichen Dienstleistungsvertrags i. S. v. Art. 14 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 „Ausgleichs-

4 EuGH, Slg. 2003, I-7810, 7847 Rn. 87 ff. (Urt. v. 24.7.2003 – Rs. C-280/00) – *Altmark Trans*.

5 ABl. EU 2005 L 297, 4.

6 Zu den niedrigen Schwellen der Wettbewerbsverfälschung sowie der Handelsbeeinträchtigung vgl. nur *Koenig/Kühling*, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 87 EG Rn. 55 ff. bzw. Rn. 58 ff.

7 EuG, Slg. 2004, II-917, 921 Rn. 77–79 (Urt. v. 16.3.2004 – Rs. T-157/01) – *Danske Busvognmænd*.

zahlungen“ i. S. v. Art. 17 Abs. 2 dieser Verordnung darstellen. Konsequenz hat das EuG eine Freistellung von der Notifizierungspflicht und dem Durchführungsverbot abgelehnt. Dem ist die Kommission in ihrem Aufforderungsschreiben im Verfahren zur Beihilfe C 47/07 (ex NN 22/05) gefolgt.⁸ Am 10. September 2008 hat die Kommission die Einleitung eines förmlichen Beihilfenprüfverfahrens in Bezug auf zwei öffentliche Dienstleistungsaufträge des dänischen Staates an das Eisenbahnunternehmen Danske Statsbaner beschlossen.⁹ Kommission und EuG legen den Begriff „Ausgleichszahlung“ nach Art. 17 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 im Sinne einer sekundärrechtlichen Ausnahme vom primärrechtlichen Notifizierungsgebot des Art. 88 Abs. 3 EG eng aus. Danach sind nur Ausgleichszahlungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen erfasst, die einem Unternehmen einseitig auferlegt und die in der nach Art. 10–13 der Verordnung vorgegebenen Weise berechnet worden sind. Erst die Anwendung dieser kostenorientierten Kalkulationsparameter gewährleistet „gemeinsame Ausgleichsmethoden“ i. S. d. Art. 10–13 der Verordnung und rechtfertigt die Freistellung von dem Verfahren nach Art. 88 Abs. 3 EG. Dagegen folgt das Vertragsverhältnis nach Art. 14 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 verhandelten Finanzierungsvereinbarungen, die einen normativ ex ante regulierten Ausgleich für hoheitlich auferlegte gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen nach den Methoden gemäß den Art. 10–13 der Verordnung gerade ausschließen.

Die Gemeinschaftspraxis lässt sich danach in folgenden Grundsätzen zusammenfassen:

Marktkonforme Verkehrsverträge bedürfen keiner Privilegierung, insbesondere keiner Notifizierungsfreistellung. Werden die vier Altmark-Voraussetzungen erfüllt, ist ein Beihilfentatbestand ausgeschlossen, die vereinbarten Preise unterliegen von vornherein nicht der Notifizierungspflicht. Nicht marktkonforme Verträge, welche die Altmark-Voraussetzungen nicht erfüllen, verdienen dagegen keine Privilegierung. Die Analyse der Vertragsgestaltung, insbesondere des Betrauungsmechanismus und der vertraglichen Preisbildungsparameter, nimmt die Kommission i. R. d. Prüfung der ersten und zweiten Altmark-Voraussetzung vor. Schon die Betrauung mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen in Abgrenzung zu Leistungen im eigenwirtschaftlichen Interesse flankiert in formeller Hinsicht gemeinsam mit den vorab, aus objektiven Verkehrs-, Erlös- bzw. Kostendaten transparent entwickelten preisbildenden Parametern die *vertragsimmanente Überkompensationskontrolle*. Diese wird dann durch die Nettomehrkostenrechnung und eine Kostenbewertung (Kosten-„Benchmarking“) nach der dritten und vierten Altmark-Trans-Voraussetzung materiell unterlegt. Werden diese Voraussetzungen einer wirksamen vertragsimmanenten Überkompensationskontrolle nicht erfüllt, so ist dies ein Indiz für erhebliche Asymmetrien in der Informationsausgangslage und der Verhandlungsmacht zulasten des öffentlichen SPNV-Aufgabenträgers bei den Vertragsverhandlungen und dem Vertragsabschluss. Dann aber ist der Verkehrsvertrag nicht in dem *ausreichenden Maß* als marktkonform zu qualifizieren, welches die Notifizierungsfreistellung nach Art. 17 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 rechtfertigt.

Im Falle vertraglich verhandelter Entgelte gilt es, der besonderen – verhandlungsspezifischen – Gefahr einer Überkompensation gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen zu begegnen, da der Preis nicht unter Anwendung der kostenorientierten Kalkulationsparameter nach Art. 10–13 der Verordnung

(EWG) Nr. 1191/69 ermittelt worden ist. Vertragsverhandlungen bergen stets eine Informationsasymmetrie in sich, zumal die interne, die „wahre“ Kostenrechnung des Verkehrsunternehmens als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dem Vertragspartner nicht offengelegt wird.

Die nur bei hoheitlicher Dienstauflegung anwendbaren kostenorientierten Vorgaben der Art. 10–13 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 müssen schon im Rahmen der bei den mitgliedstaatlichen Behörden gestellten Ausgleichsanträge genau und ex ante beachtet werden (Art. 9 Abs. 3). Diese Vorgaben fügen sich sodann systematisch nahtlos in die mitgliedstaatliche Mitteilungspflicht nach Art. 17 Abs. 2 S. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 ein, welche die allgemeine Notifizierungspflicht nach Art. 88 Abs. 3 S. 1 EG vorgelagert ersetzt und an welche die Notifizierungsfreistellung nach Art. 17 Abs. 2 S. 1 der Verordnung anknüpft. Dagegen fehlt es bei verhandelten Preisen gemäß Verträgen nach Art. 14 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 an einer normativ ex ante fixierten Kostenbindung, welche schon im Ausgleichsantragsverfahren von den mitgliedstaatlichen Behörden (Art. 9 Abs. 3) und schließlich hinsichtlich der einzelnen Ausgleichskategorien durch die Kommission (Art. 17 Abs. 2 S. 2) vorgelagert überwacht werden kann. Erst diese vorgelagerte Überwachung des Auferlegungsregimes, an der es bei Verträgen nach Art. 14 der Verordnung (EWG) 1191/69 aber gerade fehlt, vermag die Notifizierungsfreistellung nach Art. 17 Abs. 2 S. 1 der Verordnung zu rechtfertigen.

Mithin ist die Notifizierungsfreistellung nach Art. 17 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 auf entgeltliche gegenseitige SPNV-Verträge nicht anwendbar.

IV. Die Nichtigkeit von Verkehrsverträgen bei Verletzung des Durchführungsverbotes nach Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG

Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein Vertrag, auf dessen Grundlage eine Beihilfe entgegen Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG gewährt wird, nichtig. Gemäß dieser Bestimmung darf ein Mitgliedstaat eine Beihilfenmaßnahme nicht durchführen, bevor die Maßnahme gemäß Art. 88 Abs. 3 S. 1 EG bei der Kommission notifiziert worden ist und diese eine abschließende (positive) Entscheidung erlassen hat. Der BGH stellte mit den Urteilen vom 4. April 2003¹⁰ und vom 20. Januar 2004¹¹ die Nichtigkeit von Kaufverträgen zwischen der öffentlichen Hand und Privatunternehmen aufgrund der Nichtbeachtung des EG-beihilfenrechtlichen Stillhaltegebotes nach Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG fest. Der BGH qualifiziert das Stillhaltegebot des Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG damit als Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB, mit der Folge, dass eine unterbliebene Notifizierung zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führt. Die unterlassene Notifizierung stelle zwar einen lediglich formellen Verstoß dar, der für sich genommen noch nicht die Sanktion des § 134 BGB auszulösen vermag. Doch komme dem Abschluss beihilfengewährender Verträge ohne vorherige Notifizierung und ohne abschließende (positive) Kommissionsentscheidung materielle, den Wettbewerb verzerrende Bedeutung zu. Das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG solle nämlich im Interesse gleicher Wettbewerbsvoraussetzungen eine sol-

⁸ ABl. EU 2008 C 35, 13, 26.

⁹ Pressemitteilung IP/08/1310 der Kommission v. 10.9.2008.

¹⁰ BGH, EuZW 2003, 444, 445 (Urt. v. 4.4.2003 – Az. V ZR 314/02).

¹¹ BGH, EuZW 2004, 252, 253 (Urt. v. 20.1.2004 – Az. XI ZR 51/03).

che verfrühte Beihilfengewährung gerade verhindern. Zwar ist diese Rechtsprechung des BGH auf Kritik gestoßen,¹² bis heute aber nicht revidiert worden. Das von einigen Kritikern nunmehr zitierte Urteil des BGH vom 12. Oktober 2006¹³ bezieht sich auf die zivilrechtliche Figur vertraglicher Dreiecksverhältnisse. Damit hat der BGH lediglich in Bezug auf vertragliche Dreiecksverhältnisse eine differenzierte Betrachtungsweise hinsichtlich der Nichtigkeitsfolgen innerhalb von Dreiecksverhältnissen angesprochen, aber offengelassen, ohne eine Korrektur (bedürftigkeit) seiner beiden zitierten Urteile von 2003 und 2004 auch nur anzudeuten. Festzuhalten ist daher an diesen beiden höchstrichterlichen Nichtigkeitsurteilen im Falle der Verletzung des Durchführungsverbotes nach Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG. Dies gilt erst recht für bipolare Verträge, gleich ob privat- oder öffentlich-rechtlich. Sind wie bei SPNV-Verträgen lediglich zwei Parteien von der Nichtigkeitsfolge betroffen, so gibt es keinen schutzwürdigen Drittbeteiligten.

V. Ausblick

Mit Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 am 3. Dezember 2009, welche die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 aufhebt und ersetzt, erfordert jede Gewährung von Aus-

gleichleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen einen *öffentlichen Dienstleistungsauftrag* (Art. 3 Abs. 1). Abgesehen von den Direktvergabemöglichkeiten (Art. 5 Abs. 4-6) gebietet die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 in Art. 5 Abs. 3 grundsätzlich die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Rahmen eines *wettbewerblichen Verfahrens*. Unter dieses Vergaberegime fallen dann gegenseitige entgeltliche Verkehrsverträge, die gegenwärtig dem Art. 14 der noch geltenden Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 entsprechen. Gemäß Art. 6 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 müssen gewährte Ausgleichsleistungen jedoch obligatorischen Bestimmungen (Art. 4 sowie Anhang der Verordnung) genügen, die - in Anlehnung an die Altmark-Voraussetzungen formuliert - zwingend Inhalt jedes öffentlichen Dienstleistungsauftrags sind. Auf verhandelte Finanzierungsvereinbarungen, die den Vorgaben dieses Ausgleichsregimes nicht entsprechen und überkompensieren, findet die Notifizierungsfreistellung nach Art. 9 Abs. 1 S. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 keine Anwendung. Eine Verletzung des Durchführungsverbotes nach Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG löst damit wie bisher die Nichtigkeitsfolge aus.

12 Heidenhain, EuZW 2005, 135; Quardt/Nielandt, EuZW 2004, 201; Pütz, NJW 2004, 2199.

13 BGH, NVwZ 2007, 973 (Urt. v. 12.10.2006 - Az. III ZR 299/05).