



**P o s i t i o n**

**Umsetzung der vom EuGH  
in seinem Urteil vom 24. Juli 2003  
aufgestellten vier Prüfungskriterien**

**(4. Februar 2004)**

**Verband Deutscher Verkehrsunternehmen (VDV)**

## Inhaltsverzeichnis

- A. Vorbemerkungen - Seite 3**
- B. Tatsächliche Betrauung des begünstigten Unternehmens mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen (1. Kriterium) - Seite 6**
  - I. Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen - **Seite 6**
  - II. Betrauungsakt - **Seite 7**
    - 1. Liniengenehmigung nach dem PBefG - **Seite 8**
    - 2. Liniengenehmigungsergänzende Betrauungsakte - **Seite 8**
    - 3. Divergenz zwischen Betrauer und Finanzier - **Seite 9**
- C. Vorherige objektive und transparente Aufstellung von Parametern zur Berechnung des finanziellen Ausgleichs (2. Kriterium) - Seite 10**
  - I. Parameter, anhand deren der Ausgleich gezahlt wird - **Seite 10**
  - II. Objektivität - **Seite 10**
  - III. Vorherige Aufstellung - **Seite 10**
  - IV. Transparente Aufstellung - **Seite 10**
  - V. Gestaltungsformen - **Seite 11**
- D. Verbot der Überkompensation (3. und 4. Kriterium) - Seite 11**
  - I. Kosten und Einnahmen im Sinne des EuGH-Urteils - **Seite 12**
  - II. Zugrunde zu legende Methoden der Kosten- und Leistungsrechnung - **Seite 12**
  - III. Zu berücksichtigende Einnahmen (Erlöse) - **Seite 14**
  - IV. Angemessener Gewinn - **Seite 14**
  - V. Betrachtungszeitraum - **Seite 15**
  - VI. Anwendbarkeit der deutschen LSP - **Seite 15**
  - VII. Liniennetz- oder Teilbetrachtung? - **Seite 15**
  - VIII. Rückgriff auf Ergebnisse der handelsrechtlichen Finanzbuchhaltung - **Seite 16**
  - IX. Analyse der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens - **Seite 16**
    - 1. Durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen - **Seite 16**
    - 2. Ermittlung der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens - **Seite 17**
      - 2.1. Variante 1: Ermittlung auf der Basis von Kostendurchschnittswerten durch direkten Unternehmensvergleich - **Seite 17**
        - 2.1.1. Kostenbestandteile der einzelnen Leistungen - **Seite 18**
        - 2.1.2. Grenzen des direkten Unternehmensvergleichs in der Praxis - **Seite 19**
      - 2.2. Variante 2: Analytische Kostenermittlung - **Seite 20**
        - 2.2.1. Praktische Durchführung der analytischen Kostenermittlung - **Seite 20**
        - 2.2.2. Beispiel einer analytischen Kostenermittlung - **Seite 22**
    - 3. Berechnung des Ausgleichs nach Ermittlung der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens - **Seite 22**
- E. Zusammenfassung - Seite 23**

## A. Vorbemerkungen

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) hat in seinem Urteil vom 24. Juli 2003 in der Rechtssache „Altmark Trans“ (Aktenzeichen C-280/00) anerkannt, dass öffentliche Zuschüsse zugunsten des Betriebs eigenwirtschaftlicher Linienverkehre ohne Anwendung der Verordnung (EWG) 1191/69 gewährt werden dürfen, sofern die Vorschriften des PBefG eine hinreichend rechtssichere Abgrenzung treffen, in welchen Fällen diese Verordnung gilt. Die folgenden Ausführungen gehen mit dem Positionspapier des VDV vom 25. August 2003 mit dem Titel „ÖPNV-Finanzierung nach dem EuGH-Urteil vom 24. Juli 2003“ davon aus, dass die Vorschriften des PBefG den Anwendungsbereich der Verordnung 1191/69 rechtssicher determinieren.

Der Gerichtshof hat im Hinblick auf die o.g. Zuschüsse in seinem Urteil betont, dass diese dem Maßstab des primären Gemeinschaftsrechts genügen müssen, insbesondere den Beihilfavorschriften des Art. 87 EG. Der Beihilfeverbotstatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG enthält folgende Merkmale:

- Staatliche Mittel oder Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel
- Eignung zur Handelsbeeinträchtigung
- **Begünstigung** („Vorteil“) bestimmter Unternehmen
  - o **Hier bringt das EuGH-Urteil etwas Neues für den ÖPNV, nämlich die vier Prüfungskriterien**
  - o Darüber hinaus ist hier die Selektivität der Begünstigung festzustellen („bestimmter Unternehmen“)
- (Drohende) Wettbewerbsverfälschung

Nur bei Vorliegen des gesamten Verbotstatbestandes liegt eine verbotene Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG vor. Fehlt auch nur ein Tatbestandsmerkmal, so ist der Verbotstatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG nicht erfüllt. Die Nichterfüllung des Tatbestandes des Art. 87 Abs. 1 EG führt dazu, dass keine Anmeldung (Notifizierung) bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften (KOM) erforderlich ist. Auf der Ebene der Mitgliedstaaten und der nationalen Gerichte besteht eine Prüfungskompetenz im Hinblick auf das Vorliegen des Beihilfeverbotstatbestandes des Art. 87 Abs. 1 EG insgesamt.

Der Gerichtshof konkretisiert das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung. Die neue Qualität des Urteils vom 24. Juli 2003 für die ÖPNV-Praxis in Deutschland besteht darin, dass es für außerhalb der Verordnung 1191/69 gewährte öffentliche Zuschüsse zugunsten des Betriebs eigenwirtschaftlicher ÖPNV-Linienverkehre im Sinne des PBefG vier detaillierte Voraussetzungen bestimmt, deren Einhaltung nun zu prüfen ist, sofern solche Zuschüsse nicht schon aus anderen Gründen den Beihilfeverbotstatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG nicht erfüllen (vgl. hierzu im Einzelnen das o.g. Positionspapier des VDV vom 25. August 2003).

Diese neuen Maßstäbe müssen von den Rechtsanwendern beachtet werden. Die Beihilfenkontrollpraxis der KOM und der nationalen Behörden und Gerichte kann sich nur an dem Richterspruch orientieren, solange nicht ein neues europäisches Recht zur Anwendung kommt. Die im Urteil vom 24. Juli 2003 entwickelten vier Prüfungsvoraussetzungen wurden durch ein kürzlich ergangenes Urteil der Fünften Kammer des EuGH vom 27. November 2003 in der Rechtssache „Enirisorse“ (Aktenzeichen C-34/01 bis C-38/01) ausdrücklich bestätigt, so dass von einer sich festigenden Rechtsprechung des EuGH für die Zukunft auszugehen ist. Zurzeit ist indes nicht absehbar, ob, wann und welche Änderungen an der Verordnung (EWG) 1191/69 in Kraft treten werden.

Nach Auffassung des EuGH liegt keine Begünstigung im Sinne des Beihilfeverbotsbestandes des Art. 92 Abs. 1 EG-Vertrag (jetzt Art. 87 Abs. 1 EG) vor, soweit öffentliche Zuschüsse, die den Betrieb von Liniendiensten im Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr ermöglichen sollen, als Ausgleich anzusehen sind, der die Gegenleistung für Leistungen darstellt, die von dem begünstigten Unternehmen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden.

Ein derartiger Ausgleich ist „im konkreten Fall“ an vier Voraussetzungen gebunden, die auf der Ebene der Mitgliedstaaten zu prüfen sind:

1. Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein. Die gemeinwirtschaftlichen Pflichten können sich aus den nationalen Rechtsvorschriften und / oder den im Ausgangsverfahren streitigen Genehmigungen ergeben.
2. Die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent aufzustellen, um zu verhindern, dass der Ausgleich einen wirtschaftlichen Vorteil mit sich bringt, der das Unternehmen, dem er gewährt wird, gegenüber konkurrierenden Unternehmen begünstigt. Gleich ein Mitgliedstaat, ohne dass zuvor die Parameter dafür aufgestellt worden sind, die Verluste eines Unternehmens aus, wenn sich nachträglich herausstellt, dass das Betreiben bestimmter Dienste im Rahmen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nicht wirtschaftlich durchführbar war, so stellt dies ein finanzielles Eingreifen dar, das unter den Beihilfebegriff des EG-Vertrages fällt.
3. Der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken.
4. Die Höhe des erforderlichen Ausgleichs, wenn die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, das die Auswahl desjenigen Bewerbers ermöglicht, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, ist auf der Grundlage einer Ana-

lyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind.

Bei Einhaltung der vom EuGH aufgestellten vier Voraussetzungen ist das Beihilfeverbotstatbestandsmerkmal der Begünstigung nicht erfüllt; die Zuschüsse sind dann beihilferechtlich zulässig und bedürfen somit auch keiner Anmeldung bei der KOM.

Die vier Prüfungskriterien des Urteils beziehen sich auf öffentlich bezuschusste eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen im Sinne des PBefG. Eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen, für die keine öffentlichen Zuschüsse gewährt werden, werden von den vier Kriterien des Urteils nicht erfasst, weil es in diesen Fällen gar nicht zu einer beihilferechtlich relevanten finanziellen Ausgleichsleistung der öffentlichen Hand an Verkehrsunternehmen kommt. Demgemäß **beziehen sich die folgenden Ausführungen nicht auf eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen, für die keine öffentlichen Zuschüsse gewährt werden.**

Das Urteil vom 24. Juli 2003 erkennt an, dass (kommunale) Gebietskörperschaften Verkehrsunternehmen auch dann mit ÖPNV-Betriebsleistungen betrauen dürfen, wenn die Auswahl des betrauten Unternehmens nicht in einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren getroffen wurde. Die zulässigen Ausgleichsleistungen der öffentlichen Hand an diese ohne Ausschreibung ermittelten Unternehmen für deren im öffentlichen Interesse erbrachten Leistungen sind aber limitiert: Der EuGH begrenzt die beihilferechtlich unbedenkliche Höhe von Ausgleichszahlungen am Maßstab der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens. Damit wird im Ergebnis eine marktorientierte Betrauung von Unternehmen mit ÖPNV-Betriebsleistungen erzwungen, weshalb sich inzwischen für diese Wettbewerbsvariante auch der Begriff „**marktorientierte Direktvergabe**“ durchgesetzt hat.

Die Anerkennung dieser Wettbewerbsvariante neben dem Ausschreibungswettbewerb als europarechtskonform durch den EuGH gibt den in Deutschland am ÖPNV Beteiligten die Möglichkeit, zum einen die tatsächlich drohenden Nachteile eines unifornen Wettbewerbssystems der Ausschreibung, die bereits in anderen Mitgliedstaaten der EU sichtbar werden (Oligopolisierung des Anbietermarktes mit steigenden Preisen für die Gebietskörperschaften), zu vermeiden. Zum anderen weist die marktorientierte Direktvergabe gegenüber der Ausschreibungsvariante systembedingte Vorteile auf, und zwar sowohl für überschaubare ÖPNV-Leistungen, bei denen ansonsten relativ hohe Ausschreibungsfixkosten anfielen, als auch für komplexe ÖPNV-Systeme, die bei Ausschreibung angesichts der erforderlichen vertraglichen Komplexität erhebliche Vorlauf- und Durchführungskosten nach sich zögen. Auch würden im Ausschreibungsfall die steuerlichen Vorteile des kommunalwirtschaftlichen Querverbundes zwischen Versorgung und ÖPNV in Frage gestellt. Diese Gesichtspunkte

sind den Möglichkeiten, im Ausschreibungswettbewerb eventuell einen finanziell günstigeren ÖPNV erreichen zu können, sorgfältig gegenüberzustellen. Der VDV kann den (kommunalen) Gebietskörperschaften diese konkrete Abwägung vor Ort nicht abnehmen, möchte mit dieser Schrift aber zeigen, dass die **marktorientierte Direktvergabe** nicht nur rechtlich zulässig, sondern in der Praxis auch „schlank“ handhabbar und damit von Vorteil sowohl für Aufgabenträger, die Eigentümer von Verkehrsunternehmen sind, als auch für andere Aufgabenträger und Gebietskörperschaften ist.

Die Schrift, mit der sich der Verband an Entscheidungsträger in Politik, Verwaltung, Verbänden und Verkehrsunternehmen wendet, zeigt im Folgenden, dass

- die Kriterien 1 bis 3 des EuGH-Urteils so weitgehend konturiert sind, dass sie in der Praxis umgesetzt werden können,
- die methodische Grundlegung zur Erfüllung des 4. Kriteriums erreicht ist und
- die zulässigen betriebswirtschaftlichen Instrumente beschrieben sind.

Damit wird für die am ÖPNV Beteiligten der Handlungsrahmen zur Umsetzung urteilskonformer Gestaltungen vor Ort abgesteckt.

## **B. Tatsächliche Betrauung des begünstigten Unternehmens mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen (1. Kriterium)**

### **I. Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen**

Mit „gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen“ kann der EuGH nicht die im PBefG in Verbindung mit der Verordnung (EWG) 1191/69 als gemeinwirtschaftlich bezeichneten Verkehrsleistungen meinen, weil sich seine Ausführungen in den Rdnrn. 88 ff. gerade auf bezuschusste eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen im Sinne des PBefG beziehen. Der EuGH lässt es nämlich ausdrücklich zu, dass öffentliche Zuschüsse zur Erbringung von Verkehrsleistungen keine Zuordnung zum gemeinwirtschaftlichen Verkehr im Sinne der Verordnung (EWG) 1191/69 erfordern, obwohl in Art. 2 Abs. 1 dieser Verordnung alle Verkehrsleistungen als gemeinwirtschaftlich eingestuft werden, die das Verkehrsunternehmen „im eigenen wirtschaftlichen Interesse nicht oder nicht in gleichem Umfang und nicht zu den gleichen Bedingungen“ übernehmen würde.

Demgemäß muss der EuGH von einem weiteren Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ausgehen als demjenigen des PBefG und der Verordnung (EWG) 1191/69, wie er etwa in Art. 86 Abs. 2 EG für den Gesamtbereich der öffentlichen Daseinsvorsorge verwendet wird – so genannte Betrauung mit „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ (so auch: Wernicke, in EuZW 2003, Seite

481; Franzius, in NJW 2003, Seite 3029 [3031]). Dieser Auslegung folgt ausdrücklich das o.g. EuGH-Urteil in der Rechtssache „Enirisorse“ vom 27. November 2003 (vgl. dort, Rdnr. 33).

**„Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH sind** also nicht „gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen“ im Sinne des § 13a PBefG in Verbindung mit der Verordnung (EWG) 1191/69, sondern **„Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“**. Der Begriff ist weit zu verstehen und nicht auf die in Art. 50 EG genannten Dienstleistungen beschränkt. Die Erbringung von bezuschussten Leistungen im öffentlichen Personennahverkehr ist ohne weiteres unter diesen Begriff subsumierbar.

## II. Betrauungsakt

Die Betrauung eines Unternehmens mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen kann nach der Rechtsprechung des EuGH durch eine Rechtsvorschrift oder einen sonstigen Übertragungsakt erfolgen (EuGH, Urteil vom 11. April 1989, Rs. 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen, Slg.1989, S. 803, Rdnr. 55; Urteil vom 14. Juli 1981, Rs. 172/80, Züchner/Bayerische Vereinsbank, Slg.1981, S. 2021, Rdnr. 7; Urteil vom 27. März 1974, Rs. 127/73, BRT/SABAM [„BRT II“], Slg.1974, S. 313, Rdnr. 19 – 22).

Übertriebener Formalismus wird nach der ständigen EuGH-Rechtsprechung hierfür allerdings nicht gefordert. Es genügt ein „formal eindeutiger Anknüpfungspunkt“ (Pernice, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zum EG-Vertrag, Art. 90 Rdnr. 34). Die Aufgabenzuweisung kann sich sogar aus dem Zusammenhang einer Regelung ergeben (Lenz, Kommentar zum EG-Vertrag, Art. 86 Rdnr. 24). Auch die beiden EuGH-Urteile vom 24. Juli 2003 und 27. November 2003 fordern in Bezug auf die Rechtsform der Betrauung keine Restriktionen. Die konkreten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen für Verkehrsunternehmen im ÖPNV können sich damit aus sehr unterschiedlichen Rechtsquellen ergeben (z.B. aus Gesetzen, Rechtsverordnungen, Satzungen, Plänen, Verwaltungsakten, Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten und / oder zivilrechtlichen Handlungsformen wie Verträgen oder Beschlüssen im Rahmen von gesellschaftsrechtlichen Konstruktionen). Es kommt also nicht darauf an, ob die Rechtsquelle allgemein gilt, wie beispielsweise ein Gesetz (das etwa für alle Verkehrsunternehmen im ÖPNV die Pflicht zur kostenlosen Beförderung schwerbehinderter Menschen anordnet), oder ob nur bestimmte Verkehrsleistungen und Verkehrsunternehmen im Gebiet eines ÖPNV-Aufgabenträgers betroffen sind, wie beispielsweise bei einem Verkehrsvertrag. Entscheidend im Sinne der beiden EuGH-Urteile ist vielmehr, **dass** die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen gegenüber einem oder einer Vielzahl von Unternehmen klar definiert sind.

Demgemäß ist in der Praxis **nicht nur ein Verkehrsvertrag als zulässiger Betrauungsakt denkbar, sondern auch jeder andere Rechtsakt oder ein Bündel von**

**Rechtsakten, aus denen sich die klar definierten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ergeben.** Deshalb kann eine wirksame Betrauung etwa in Gestalt einer Kombination von abstrakt-genereller Regelung in einem Nahverkehrsplan sowie einer unternehmensbezogenen Konkretisierung durch einen Beschluss im Stadtrat/Kreistag vorgenommen werden. Die Konkretisierung kann auch durch gesellschaftsrechtliche Maßnahmen innerhalb des betrauten Unternehmens erfolgen, wenn damit das zu erbringende Leistungsbild klar definiert wird, das Gegenstand der Finanzierung ist.

Zu beachten ist hierbei, dass sich das **1. Kriterium** ausschließlich auf das vom Unternehmen zu erstellende Leistungsbild bezieht und **nicht** auf dessen **Finanzierung**; die Anforderungen an die Finanzierung ergeben sich aus den Kriterien 2 bis 4 des EuGH-Urteils von 23. Juli 2003.

### **1. Liniengenehmigung nach dem PBefG**

Bereits nach der älteren Rechtsprechung des EuGH war anerkannt, dass in einer öffentlich-rechtlichen Konzession ein Betrauungsakt liegen kann (EuGH, Urteil vom 23. Oktober 1997, Rs. C-159/94, Kommission/Frankreich [„Ausschließliche Ein- und Ausfuhrrechte für Gas und Elektrizität“], Slg. 1997, I-5815, Rdnr. 66; Urteil vom 27. April 1994, Rs. C-393/92, Almelo, Slg. 1994, I-1477, Rdnr. 47).

In Rdnr. 47 seines Urteils vom 24. Juli 2003 geht der EuGH *expressis verbis* davon aus, dass durch die im Ausgangsrechtsstreit erteilten Liniengenehmigungen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt wurden.

Die Erteilung einer Linienverkehrsgenehmigung im Straßenpersonenverkehr nach dem PBefG führt zu einer Betrauung eines konkreten Unternehmens mit einer Betriebspflicht (§ 21 Abs. 1 PBefG), einer Beförderungspflicht (§ 22 PBefG), einer Tarifpflicht (§ 39 PBefG) und einer Fahrplanpflicht (§ 40 PBefG). Hiermit wird detailliert in Bezug auf das „Was“, das „Wo“ und das „Wie“ die zu erbringende Verkehrsleistung klar definiert. Dies sind auch im öffentlichen Interesse formulierte gesetzlich konstituierte Pflichten. Demgemäß liegt in der Erteilung einer eigenwirtschaftlichen Linienverkehrsgenehmigung nach dem PBefG eine Betrauung mit klar definierten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Sinne des EuGH-Urteils.

### **2. Liniengenehmigungsergänzende Betrauungsakte**

Aus den personenbeförderungsrechtlichen **Genehmigungen** in Verbindung mit dem PBefG selbst ergeben sich, wie oben erwähnt, Pflichten des Verkehrsunternehmers, mit denen er im öffentlichen Interesse betraut ist. Sie betreffen den **Umfang** und **wesentliche Bedingungen** der zu erbringenden Verkehrsleistungen und enthalten damit sowohl eine klare Beschreibung als auch das Mengengerüst der Leistung.



Des Weiteren werden die Verkehrsunternehmen über das durch die Liniengenehmigungen determinierte Leistungsbild hinaus mit weiteren gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen betraut. Diese basieren entweder auf gesetzlichen Vorschriften und der Tarifgenehmigung nach dem PBefG (z.B. die Pflicht zur kostenlosen Beförderung schwerbehinderter Menschen oder die rabattierte Beförderung von Kindern bzw. Auszubildenden) oder auf anderen Rechtsquellen wie etwa Nahverkehrsplänen oder Verbundvertragswerken, die etwa die Einhaltung **von erhöhten Qualitätsstandards** (z.B. Niederflrigkeit, Klimaanlage, Fahrscheinautomaten im Fahrzeug, Einsatz besonders geschulten Personals, Anerkennung von nicht selbst verkauften Fahrscheinen oder über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen hinausgehende spezielle Kundenrechte) oder **erhöhte Umweltstandards** (z.B. Einsatz von SCRT-Systemen) regeln.

### 3. Divergenz zwischen Betrauer und Finanzier

Die Liniengenehmigungen nach dem PBefG werden von staatlichen Genehmigungsbehörden, die den Länderverwaltungen zugerechnet werden, erteilt, während die diesen Genehmigungen zugrunde liegenden Verkehre nicht selten z.B. durch kommunale Gebietskörperschaften bezuschusst werden. Auch liniengenehmigungsergänzende Verpflichtungen werden nicht selten durch unterschiedliche Gebietskörperschaften initiiert und finanziert. So ergibt sich etwa die Pflicht zur kostenlosen Beförderung schwerbehinderter Menschen im ÖPNV aus dem Bundesrecht (§ 145 SGB IX), und die Erstattungsleistungen werden teils vom Bund, teils von den Ländern erbracht (§ 154 SGB IX).

Das Divergieren zwischen betrauender Institution und Finanzier wird in der Diskussion um die Interpretation des EuGH-Urteils von Einzelnen als problematisch betrachtet. **Aus rechtlicher Sicht** ist eine solche Divergenz aber unschädlich, denn es kommt nach dem Urteil des EuGH ausschließlich auf die Beziehung zwischen der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung und den hierfür geleisteten Zuschüssen an. Sinn und Zweck der vom EuGH entwickelten vier Kriterien ist die Beurteilung der Frage, ob mit den für die Erbringung der ÖPNV-Betriebsleistungen gewährten Zuschüssen noch eine Kompensation oder schon eine Überkompensation erfolgt.

Entscheidend hierfür ist nicht, wer betraut und wer zahlt, sondern das Verhältnis zwischen der Leistung und den hierfür erbrachten öffentlichen Zuschüssen. Im Übrigen indiziert die dem EuGH-Urteil zugrunde liegende Konstellation die Unbedenklichkeit: Die streitgegenständlichen Liniengenehmigungen wurden durch das Regierungspräsidium Magdeburg erteilt, während die Finanzierung durch den Landkreis Stendal erfolgte (Rdnrn. 22-25). Hätte der EuGH diese Divergenz als beihilferechtlich problematisch betrachtet, hätte er solche Bedenken in seinem Urteil erwähnt und begründet.

### **C. Vorherige objektive und transparente Aufstellung von Parametern zur Berechnung des finanziellen Ausgleichs (2. Kriterium)**

Die vorherige objektive und transparente Aufstellung von Parametern zur Berechnung des finanziellen Ausgleichs für die Erfüllung dieser Verpflichtungen, wie vom EuGH verlangt, bezieht sich auf die Finanzierung der im Sinne des 1. Kriteriums klar definierten Leistungen.

#### **I. Parameter, anhand deren der Ausgleich gezahlt wird**

Aus der Wortwahl „Parameter“ ergibt sich, dass bestimmte oder bestimmbare Rechnungsfaktoren festgelegt werden müssen, also nicht unbedingt ein Festbetrag pro Leistungseinheit. Es geht um einen Berechnungsmaßstab, der die Grundlage für die Ausgleichszahlung bildet und der auch variable Elemente enthalten kann, die erst zukünftig feststehen, wenn deren Ermittlung eindeutig geregelt ist. Aus der Zielsetzung, ungerechtfertigte Vorteile zu verhindern, ergibt sich, dass die Festlegung von Parametern für eine Höchstgrenze ausreichend ist, denn wenn der tatsächlich gezahlte Ausgleich unter dieser Höchstgrenze bleibt, kann dem Unternehmen kein Vorteil entstehen.

#### **II. Objektivität**

Das Merkmal der Objektivität der Aufstellung von Parametern bedeutet, dass deren Festlegung nach sachlichen Kriterien und nicht willkürlich erfolgen darf. Damit sind solche Parameter zulässig, die geeignet sind, die Erfüllung der weiteren Kriterien für die Prüfung der Begünstigung sicherzustellen. Künftige Kostenänderungen dürfen bei der Festlegung der Ausgleichsparameter berücksichtigt werden, wenn sich daraus kein Vorteil bzw. keine Überkompensation ergibt. Daher dürfen grundsätzlich Gleitklauseln verwendet werden (vgl. unten Kapitel D IX 2.2.2).

#### **III. Vorherige Aufstellung**

Das Gebot der vorherigen Aufstellung bedeutet, dass zuerst ein nachvollziehbares Berechnungsschema (eventuell auch ein Festbetrag pro Leistungseinheit) festgelegt werden muss, und erst dann darf ein Ausgleich gezahlt werden.

#### **IV. Transparente Aufstellung**

Im Hinblick auf das Transparenzkriterium schweigt das Urteil; im Kontext mit der allgemeinen Transparenzrichtlinie der EU (80/723/EWG vom 25. Juni 1980) kann dieses Kriterium aber nicht so ausgedeutet werden, dass die Parameter öffentlich aufgestellt und bekannt gemacht werden müssen, sondern dass im Rahmen eines etwaigen Beihilfeprüfungsverfahrens wirksam kontrolliert werden kann, ob die Parame-

ter entsprechend den o.g. Anforderungen aufgestellt wurden. Es geht also entsprechend den Zielen dieser Richtlinie darum, dass verschleierte Zahlungs- oder Leistungsströme ausgeschlossen sind und dass insbesondere die KOM oder auch Gerichte im Rahmen eines Rechtsstreites diese Zahlungen nachvollziehen und überprüfen können.

## V. Gestaltungsformen

Im Hinblick auf die Form der Aufstellung der EuGH-konformen Ausgleichsparameter vor Ort stellt der Gerichtshof keine Voraussetzungen auf. Dies ist auch konsequent, denn die Erfüllung oder Nichterfüllung des Beihilfeverbotstatbestandsmerkmals „Begünstigung“ hängt nicht von der gewählten Form der Finanzierung ab, sondern von deren inhaltlicher Ausgestaltung. Damit respektiert der EuGH grundsätzlich alle Formen der in Deutschland angewandten ÖPNV-Finanzierung, auf die das 2. Kriterium seines Urteils anzuwenden ist, sofern diese Instrumente inhaltlich dieses Kriterium erfüllen.

Hieraus folgt, dass die **Aufstellung und auch die Kontrolle der Ausgleichsparameter vom konkreten Finanzierungsakt abstrahiert** erfolgen darf. Das Verfahren zur Aufstellung der EuGH-konformen Parameter darf somit formell eigenständig ausgestaltet werden. Demgemäß wird für die Praxis empfohlen, die Parameternaufstellung im Einvernehmen mit den Gebietskörperschaften gesondert und ausschließlich als beihilferechtliches Nachweis- und Kontrollinstrument auszugestalten. So könnte die Aufstellung beispielsweise im Kontext mit der Feststellung der mittelfristigen Unternehmensplanung und die Kontrolle der Einhaltung der Parameter etwa im Kontext mit den Jahresabschlüssen der betrauten Unternehmen erfolgen. Damit wird eine Kollision zwischen den aufzustellenden Parametern und den aus steuerlichen Gründen vorgenommenen gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen (z.B. kommunalwirtschaftlicher Querverbund) von vornherein vermieden.

### **D. Verbot der Überkompensation (3. und 4. Kriterium)**

Das dritte Kriterium des EuGH-Urteils, das untrennbar mit dem vierten Kriterium zusammenhängt, sofern kein wettbewerbliches Verfahren durchgeführt wird, bei dem derjenige Wettbewerber ausgewählt wird, der die Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringt, also das Verbot der Überkompensation, bildet das Herzstück der Prüfung, ob noch eine beihilfeverbotsirrelevante Kompensation oder schon das Beihilfeverbotstatbestandsmerkmal der Begünstigung vorliegt.

Beide Kriterien setzen voraus, dass zunächst die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen berechnet werden müssen. Wenn kein Wettbewerbsverfahren durchgeführt wird, bei dem derjenige Bewerber ausgewählt wird, der die Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, sind die

Kosten auf der Basis einer Analyse der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens zu ermitteln.

Mit dem 4. Kriterium lässt der Gerichtshof der Sache nach eine marktorientierte Direktvergabe als vollwertige Alternative zum Ausschreibungsverfahren zu. Aus Sicht des VDV sorgen beide Alternativen für Wettbewerb. Dessen Intensität und Geschwindigkeit kann dabei durch die (kommunalen) Gebietskörperschaften effizienzorientiert gesteuert werden. Dieser vom deutschen Gesetzgeber mit der PBefG-Novelle von 1993 gewollte Dualismus, der die Nachteile einer europaweiten Systementscheidung zugunsten nur einer Wettbewerbsvariante vermeidet, wird damit vom EuGH anerkannt (siehe oben unter A.).

## I. Kosten und Einnahmen im Sinne des EuGH-Urteils

Der EuGH selbst klärt in seinem Urteil nicht ausdrücklich, von welchem Kostenbegriff auszugehen ist. Es wird an den betriebswirtschaftlichen Kostenbegriff angeknüpft. Einnahmen sind zwar kein Begriff der Kostenrechnung, aus dem Zusammenhang ist jedoch zu schließen, dass der gängige betriebswirtschaftliche Erlösbegriff aus der Kosten- und Leistungsrechnung zugrunde zu legen ist.

## II. Zugrunde zu legende Methoden der Kosten- und Leistungsrechnung

Nach Rdnr. 92 des EuGH-Urteils darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die **Kosten** der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zu decken. In der Rdnr. 94 wird ergänzend von „bei der Erfüllung dieser Verpflichtungen **entstehenden** Kosten“ und in den Rdnrn. 105 sowie 109 von den „**Mehrkosten** für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen“ gesprochen. Es stellt sich damit die Frage, ob der EuGH von Vollkosten zur Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ausgeht oder nur den Ansatz bestimmter Kostenbestandteile (z. B. variable Einzelkosten) zur Berechnung eines Ausgleichs zulässt.

Der betriebswirtschaftliche Kostenbegriff umfasst sowohl direkt zurechenbare Einzelkosten als auch Gemeinkosten sowie zusätzlich weitere kalkulatorische Kostenbestandteile (z. B. die angemessene Verzinsung des betriebsnotwendigen Eigenkapitals). Aus der Rdnr. 92 ergeben sich keine Einschränkungen des Kostenbegriffes.

Damit sind auch angemessene Gemeinkosten (z.B. Verwaltungskosten) sowie kalkulatorische Kosten grundsätzlich kompensationsfähig. Aus der Rdnr. 94 folgt, dass auf die „**entstehenden**“ **Kosten** abzustellen ist. Daraus lässt sich ableiten, dass eine **Istkostenrechnung Grundlage der Kostenverteilung** nach dem Verursachungsprinzip ist. Da im Rahmen einer Istkostenrechnung der Ansatz von Wiederbeschaffungskosten anstelle von historischen Anschaffungskosten gängige Praxis der betriebswirtschaftlichen Kalkulation ist, ist auch dieser Wertansatz möglich.

In seiner Begründung verweist der EuGH unter Rdnr. 85 auf das so genannte Altölurteil vom 7. Februar 1985 (Rechtssache 240/83, ADBHU, Slg. 1985, 531, Rdnrn. 3 [letzter Satz] und 18) und spricht in diesem Zusammenhang von einem zulässigen Ausgleich der „**tatsächlich festgestellten ... Kosten**“. Auch dieser Hinweis bestätigt die Zulässigkeit des Istkostenansatzes und deutet auch nicht auf eine Beschränkung auf Teilkosten hin. Unter Rdnr. 96 verwendet der EuGH allerdings den Begriff „Mehrkosten“ im Zusammenhang mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, was auf einen Teilkostenansatz hindeuten könnte. Im Ferring-Urteil vom 22. November 2001 (Rechtssache C-53/00) spricht der EuGH von den „zusätzlichen Kosten“.

Ein solcher Teilkostenansatz findet sich auch in der EG-VO 1191/69 wieder. Gemäß dessen Artikel 10 Absatz 1 entspricht die Höhe des Ausgleichs bei einer Betriebs- oder Beförderungspflicht dem Unterschied zwischen der Verringerung der Belastung und der Verringerung der Einnahmen des Unternehmens im Falle der völligen oder teilweisen Aufhebung der Verpflichtung während des in Betracht kommenden Zeitraums. Gleichzeitig lässt Satz 2 aber auch eine Kostenanlastung nach einem Verteilungsschlüssel zu (da Einzelkosten direkt zurechenbar sind, kann es sich dabei nur um Gemeinkosten handeln). Satz 2 bestimmt: „Werden jedoch die wirtschaftlichen Nachteile an Hand einer Aufschlüsselung der dem Unternehmen aus seiner Verkehrstätigkeit entstehenden Gesamtkosten nach den einzelnen Teilen dieser Verkehrstätigkeit errechnet, so entspricht der Ausgleichsbetrag dem Unterschied zwischen den Kosten, die dem von der Verpflichtung des öffentlichen Dienstes betroffenen Teil der Tätigkeit des Unternehmens anzulasten sind, und den entsprechenden Einnahmen.“

Die EG-VO 1191/69 n.F. enthält darüber hinaus im Artikel 12 auch Aussagen zum Ansatz rein kalkulatorischer Kostengrößen. Gemäß Satz 2 „...können (kalkulatorische Zinsen) um das Eigenkapital gekürzt werden.“ Zwar erschließt sich dem Leser der Sinn und Zweck dieser Kürzungsoption nicht unmittelbar, die Bestimmung zeigt aber deutlich, dass der Kostenbegriff der Verordnung kalkulatorische Rechengrößen nicht ausschließt. Wenn die EG-VO für Zwecke der Beihilfeprüfung entsprechende kostenrechnerische Berechnungsmethoden zulässt, so muss dies auch für die Kriterien des EuGH-Urteils gelten.

Auch in dem Non-Paper der EU-Kommission v. 12. November 2002 „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und staatliche Beihilfen“ findet sich diese Betrachtung bestätigt. Dort wird unter Randziffer 91 ausgeführt: „In die Kalkulation mit einzubeziehen sind **sämtliche Kosten, die anfallen**, damit die betreffende gemeinwirtschaftliche Leistung ordentlich erbracht werden kann. Beschränkt sich die Tätigkeit des Unternehmens auf die Erbringung der gemeinwirtschaftlichen Leistung, **bilden dessen Gesamtkosten die Bemessungsgrundlage**. Verfügt das Unternehmen hingegen noch über andere Tätigkeitsfelder, muss es die mit der Erbringung der gemeinwirtschaftlichen Leistung verbundenen Kosten und Einnahmen getrennt von den sich aus den anderen Tätigkeiten ergebenden Kosten und Einnahmen ausweisen. Bei der internen Buchführung muss, vor allem was die Aufschlüsselung der Fix-

kosten nach gemeinwirtschaftlichen und nichtgemeinwirtschaftlichen Leistungen be-  
trifft, auf eine kohärente Anwendung derjenigen Rechnungslegungskriterien geachtet  
werden, die sich objektiv rechtfertigen lassen. Die Kosten der nichtgemeinwirtschaft-  
lichen Tätigkeiten müssen eindeutig ermittelt und dürfen weder ganz noch teilweise  
den Kosten für die gemeinwirtschaftlichen Leistungen zugerechnet werden. Wenn für  
die beiden Arten von Tätigkeiten dieselben Ressourcen (Personal, Ausrüstung, orts-  
feste Anlagen o.ä.) eingesetzt werden, müssen deren Kosten außerdem nach objek-  
tiv gerechtfertigten Kriterien aufgeschlüsselt werden.“

Für die Auslegung des EuGH-Kostenbegriffes kann damit festgestellt werden, dass  
bei der Ermittlung der maximal zulässigen Kompensation für eine gemeinwirtschaftli-  
che Verpflichtung **die allgemein anerkannten Berechnungsmethoden der  
Istkostenrechnung** Anwendung finden können. Sowohl ein Ansatz angemessener  
Teile der Gemeinkosten und damit auch der so genannten „Overhead-Kosten“, kalku-  
latorischer Kostenbestandteile als auch Wertansätze auf Wiederbeschaffungskos-  
tenbasis sind damit zulässig.

### III. Zu berücksichtigende Einnahmen (Erlöse)

Aus dem Gesamtkontext des Urteils ergibt sich auch, dass der verwendete Einnah-  
mebegriff dem betriebswirtschaftlichen Leistungsbegriff der Kosten- und Leistungs-  
rechnung entspricht. In der betriebswirtschaftlichen Literatur als auch in der Kosten-  
rechnungspraxis wird häufig auch der Begriff „Erlös“ als Synonym für den Leistungs-  
begriff verwendet.

Nach dem Urteil sind die „dabei“ erzielten Einnahmen zu berücksichtigen, wobei Be-  
zug auf die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen genommen wird (Rdnr. 92). Im  
o.g. Non-Paper der Kommission wird von allen Einnahmen, die „mit Hilfe“ der ge-  
meinwirtschaftlichen Leistung erwirtschaftet wurden, gesprochen. (Non-Paper, Rdnr.  
92). Darunter fallen sicher die Fahrgeld- und die Erlöse aus der Werbung an im  
ÖPNV eingesetzten Fahrzeugen und an betriebsnotwendigen Anlagen. Bei Hilfs- und  
Nebengeschäften kann die Zuordnung allerdings im Einzelfall schwierig sein. Zur  
Abgrenzung ist darauf abzustellen, ob eine **Kausalität zwischen den vom betrau-  
ten Unternehmen erbrachten ÖPNV-Leistungen und den Erträgen aus solchen  
Geschäften** besteht.

### IV. Angemessener Gewinn

Zur Ermittlung eines angemessenen Gewinns kann auf die anerkannten betriebswirt-  
schaftlichen Methoden oder auf Verfahren der Praxis zurückgegriffen werden. Aus-  
gangspunkt in der betriebswirtschaftlichen Theorie ist eine Rendite sicherer Kapital-  
anlagen (z.B. Rendite einer lang laufenden Bundesanleihe), die um einen Aufschlag  
für das Unternehmerwagnis und die unternehmerische Mehrleistung erhöht wird. Bei  
einer aktuellen Kapitalrendite im Bereich von ca. 5 % können sich damit durchaus

zweistellige prozentuale Gewinnaufschläge ergeben. Wegen der unterschiedlichen Finanzierungsstrukturen der Verkehrsunternehmen kann ein Aufschlag zum Eigenkapital aber problematisch sein. Alternativ zur Kapitalrendite empfiehlt sich dann ein branchenüblicher oder angestrebter Gewinnaufschlag in Prozent der Kosten.

## **V. Betrachtungszeitraum**

In Frage kommt der Zeitraum der Betrauung und dessen Unterabschnitte, z. B. das „Jahr“ in Anlehnung an die handelsrechtliche Rechnungslegung oder „5 Jahre“ in Anlehnung an die – zumeist steuerlich bedingte - Mindestvertragslaufzeit bestimmter Unternehmensverträge. Bei mehrjähriger Betrachtung wird es zulässig sein, wenn über den gesamten Zeitraum berechnet die Kostenlinie unterschritten wird, so dass eine vereinzelte Überschreitung bei Jahresbetrachtung unschädlich ist. Die Laufzeit der Parameterfestlegung hat Einfluss auf die wirtschaftlichen Risiken des Unternehmens und damit auf die unter IV. erwähnten kalkulatorischen Wagniszuschläge.

## **VI. Anwendbarkeit der deutschen LSP**

Die Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP), Anlage 1 zur Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen, enthalten Regeln für die anzusetzenden Selbstkosten sowie den Ansatz eines kalkulatorischen Gewinns. Sie sind für eine beihilferechtliche Prüfung im Sinne des EuGH-Urteils weder unmittelbar anwendbar noch verbindlich. Gleichwohl dienen die Leitsätze auch der Ermittlung von Vollkosten und basieren auf allgemein anerkannten kalkulatorischen Regeln. Sie können daher herangezogen werden, um Streitigkeiten über kostenrechnerische Detailfragen zu vermeiden.

## **VII. Liniennetz- oder Teilbetrachtung?**

Es stellt sich die Frage, ob das Betreiben eines vernetzten und eventuell vertakteten ÖPNV-Gesamtliniennetzes als einheitliche Tätigkeit oder ob wirtschaftlich zusammenhängende Teilnetze oder gar einzelne Linien getrennt betrachtet werden müssen. Eine pauschale Antwort auf diese Frage kann nicht gegeben werden. Abzustellen ist auf den Betrauungsakt: Wenn eine umfassende Betrauung mit einem ÖPNV-Gesamtliniennetz erfolgt, darf auch eine entsprechend einheitliche Kontrolle vorgenommen werden.

Zu trennen sind aber solche Tätigkeiten, die nicht mit den im öffentlichen Interesse erbrachten ÖPNV-Diensten im Zusammenhang stehen. Im Übrigen richtet sich die Betrachtung danach, ob bei der Kostenermittlung ein direkter Unternehmensvergleich oder eine analytische Kostenermittlung vorgenommen wird (siehe unten unter IX.2).

## VIII. Rückgriff auf Ergebnisse der handelsrechtlichen Finanzbuchhaltung

Wenn ein Unternehmen, das ausschließlich Verkehr aufgrund gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen durchführt, einen handelsrechtlichen Jahresfehlbetrag ausweist, muss in der Regel davon ausgegangen werden, dass über einen mehrjährigen Betrachtungszeitraum absolut gesehen nicht mehr als die Kosten ausgeglichen wurden. Allerdings kann damit nur die Erfüllung des dritten EuGH-Kriteriums, nicht aber die Erfüllung des vierten Kriteriums belegt werden, denn der Jahresfehlbetrag sagt nichts über die Effizienz des Unternehmens aus.

## IX. Analyse der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens

Während das Urteil der 6. Kammer des EuGH in der Rechtssache „Ferring“ vom 22. November 2001 (C-53/00) noch auf die tatsächlich anfallenden (Mehr-)Kosten des mit der Erbringung einer gemeinwirtschaftlichen Leistung betrauten Unternehmens abstellte, lässt das Plenums-Urteil vom 24. Juli 2003 in der Rechtssache „Altmark Trans“ dies nur noch dann zu, wenn ein objektiver Kostenmaßstab nicht überschritten wird.

### 1. Durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen

Das EuGH-Plenum gibt diesen objektiven Maßstab selbst vor: Abzustellen ist auf ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann. Maßstab sind also nicht die Kosten einer effizienten Leistungserbringung durch ein Idealunternehmen. Vielmehr fordert der Gerichtshof eine Analyse der Kosten, die ein **durchschnittliches**, gut geführtes Unternehmen hätte. Nach diesem Kostenmaßstab bestimmt sich die Höhe des erforderlichen Ausgleichs.

Bei der Analyse der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens muss, damit ein zutreffender Kostenvergleich erfolgen kann, auf Unternehmen zurückgegriffen werden, die über vergleichbare Produktionsbedingungen verfügen. Das bedeutet, dass strukturbedingte Kostenunterschiede berücksichtigt werden müssen, d.h. es muss nach Verkehrsregionen, nach Verkehrsmitteln und der Art der Kooperation im Verkehrsraum differenziert werden. Maßstab für die Auswahl ist die echte Vergleichbarkeit, d.h. es darf nicht schematisch die EU, die Bundesrepublik Deutschland oder die regionale Ebene zum Vergleich herangezogen werden. Denn es haben Betriebe, die in Verdichtungsräumen agieren, andere Produktionskosten als Regionalverkehrsunternehmen und Unternehmen mit Schieneninfrastruktur eine andere Kostenstruktur als reine Busunternehmen. Auch unterscheiden sich häufig die Bedingungen für die Verantwortung und Nutzung der Infrastruktur (z.B. Eigentumsverhältnisse, Haftungsübernahme, Kostenträgerschaft, streckenspezifische Kostensintensität der Instandhaltung sowie Unterhaltung) und die Struktur der Bevölkerung



sowie die topographische Situation. Schließlich kann auch die Nachfragesituation Auswirkungen auf die Kosten haben.

Für die Auslegung des Kriteriums „gut geführt“ ist auf § 53 HGrG abzustellen, der für öffentliche Unternehmen geeignete Voraussetzungen aufstellt; diese können analog auf private Verkehrsunternehmen angewendet werden. Des Weiteren muss auf die Leistung der Vergleichsunternehmen in quantitativer und qualitativer Hinsicht geachtet werden, d.h. es dürfen nur Unternehmen in die Analyse einbezogen werden, die ein vergleichbares Leistungs- und Qualitätsbild wie das betraute Unternehmen erbringen („so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann“).

## **2. Ermittlung der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens**

Zur Ermittlung der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens eignen sich grundsätzlich zwei unterschiedliche methodische Ansätze: der direkte Unternehmensvergleich (Variante 1) und die analytische Kostenermittlung (Variante 2). Beide Varianten unterscheiden sich vor allem in Bezug auf den zu betreibenden statistischen Aufwand.

Aus Sicht der Verkehrsunternehmen und der Verantwortung im ÖPNV übernehmenden Gebietskörperschaften ist Folgendes bei der Wahl der Methoden und bei der Festlegung des Grades der Tiefenschärfe in der Detailanalyse zu beachten:

1. Der Nachweis der beihilferechtlichen Unbedenklichkeit entsprechend den vier EuGH-Kriterien ist der Sache nach Bürokratie und bindet personelle, sachliche und finanzielle Ressourcen, die für die Verbesserung des ÖPNV-Angebotes nicht zur Verfügung stehen. Der Nutzen dieser Ressourcenverwendung wird für die Kunden und Bürger nicht unmittelbar sinnlich wahrnehmbar.
2. Der EuGH-konforme Nachweis muss daher so schlank wie möglich und die Kosten für die Aufstellung müssen so gering wie möglich sein. Dies gewährleistet den systembedingten Vorteil der Variante „marktorientierte Direktvergabe“ gegenüber der Ausschreibung, nämlich erheblich geringere Transaktionskosten (vgl. oben unter A).

### **2.1. Variante 1: Ermittlung auf der Basis von Kostendurchschnittswerten durch direkten Unternehmensvergleich**

Eine Methode zur Ermittlung von maßgeblichen Vergleichswerten und damit der Bestimmung der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens ist ein statistisch repräsentatives Benchmarking mit von unabhängiger Seite geprüftem Datenmaterial, welches die Kosten des betrauten Unternehmens analysiert und anhand mit diesem Unternehmen objektiv vergleichbarer Unternehmen den jeweiligen durch-

schnittlichen Kostensatz eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens generiert.

Bei der Ermittlung der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens sind Kosteneinflussgrößen zu beachten, die zu strukturbedingten Unterschieden führen, z. B.:

- Verkehrsregion (Siedlungsstruktur und -dichte),
- Verkehrsmittelarten (U-Bahn, Stadtbahn, Straßenbahn, Bus, Anruf-Sammel-Taxi),
- Tarifgegebenheiten bei den Personalkosten.

Die Berücksichtigung dieser Kosteneinflussgrößen lassen eventuell Unterscheidungen in den Kostenarten bzw. den Gruppierungen sinnvoll erscheinen.

### **2.1.1. Kostenbestandteile der einzelnen Leistungen**

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, zum Zwecke der objektiven Bestimmung des Kostensatzes eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens die einzelnen Leistungen des betrauten Unternehmens zu untergliedern:

Eine mögliche Gruppierung der Kostenbestandteile kann nach

- den Funktionen des Unternehmens,
- den Produktionsfaktoren (z. B. Betriebsmittel-, Werkstoff-, Personal-, Kapitalkosten),
- der Zurechenbarkeit der Kosten zu den Kostenträgern bzw. den Kostenstellen (Einzel- und Gemeinkosten),
- der Disponierbarkeit (fixe/beschäftigungsunabhängige Kosten und variable/beschäftigungsabhängigen Kosten),
- nach der Möglichkeit der Weiterverrechnung auf die Kostenstellen

erfolgen.

Eine mögliche Aufgliederung kann sich (in Anlehnung an den Kennzahlenbaum des Zwischenbetrieblichen Vergleichs im VDV) an der Gliederung nach Funktionen der Verkehrsunternehmen (Fahrbetrieb, Infrastruktur, Absatz und unterstützende Bereiche) orientieren. Entsprechend den örtlichen Anforderungen, der Unternehmensstruktur (Komplexität der Leistungserstellung) könnte eine zweite Untergliederung sinnvoll sein.

Die Kostenrechnung umfasst sowohl direkt zurechenbare Einzelkosten als auch Gemeinkosten. Weitere Aspekte können oder müssen noch berücksichtigt werden, insbesondere:

- Auch kalkulatorische Kostenbestandteile können angesetzt werden (kalkulatorische Zinsen, kalkulatorische Abschreibungen, ggf. kalkulatorischer Unternehmerlohn).
- Der Wertansatz kann sich an den Anschaffungswerten, aber auch an Wiederbeschaffungswerten orientieren.
- Vollkostenansatz ist möglich.
- Fixkosten müssen nach objektiven Rechnungslegungskriterien auf Tätigkeiten im Rahmen der Betrauung und sonstige aufgeschlüsselt werden.

Aus der Analyse der einzelnen Kostenbestandteile können in der Summe die ausgleichsfähigen Kosten des durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens bestimmt werden, die als **Sollkosten** in die Ausgleichsformel einfließen.

### 2.1.2. Grenzen des direkten Unternehmensvergleichs in der Praxis

Aufgrund der Heterogenität und der Vielzahl der Einflussfaktoren bei der Leistungserstellung in einem Liniennetz ist ein Verkehrsunternehmen selten unmittelbar mit einem anderen Unternehmen vergleichbar. Damit ist eine flächendeckende Anwendung von Kostendurchschnittswerten aus Gründen mangelnder Vergleichbarkeit der Produktionsbedingungen kaum möglich.

Sofern Kostendurchschnittsdaten partiell vorliegen (z.B. aus der Kostensatzermittlung der Länder nach § 45a Abs. 2 Satz 2 PBefG, aus gruppenbezogenen zwischenbetrieblichen Vergleichen oder sonstigen auftragsbezogenen Einzelvergleichen), sind diese zumeist nicht hinreichend repräsentativ und aktuell. Zudem werden dabei eventuell nicht alle für den Vergleich im Sinne des EuGH-Urteils zulässigen Kostenbestandteile berücksichtigt.

Statistisch repräsentative Kostendaten müssen für eine Vielzahl von Teilmärkten, Regionen etc. sehr differenziert und dabei regelmäßig erhoben werden. Dies ist sehr aufwendig und kann – wenn überhaupt – nur durch branchenerfahrene Sachverständige erfolgen, die über entsprechendes detailliertes und aktuelles Datenmaterial verfügen, das auch statistisch repräsentativ sein muss. Ein solchermaßen aufwendiges statistisches Verfahren wird vom EuGH indes nicht gefordert: Der Gerichtshof verlangt ausdrücklich nicht, dass die Höhe des Ausgleichs auf der Grundlage der Kosten zu bestimmen ist, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen hätte, sondern auf der Grundlage einer **Analyse dieser Kosten**. Und der EuGH bestimmt auch nicht, was ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen ist. Dem Wortlaut des Urteils entsprechend bestimmt sich der Ausgleich nach der Analyse der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens, jedoch nicht nach der Analyse der durchschnittlichen Kosten. Erforderlich ist eine Analyse, die alternativ den Maßstab eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens auf dem konkreten ÖPNV-Markt auch simulieren kann.

In dem kurz vor dem „Altmark Trans“-Urteil ergangenen Urteil in der Rechtssache „Chronopost“ (verbundene Rs. C-83/01 P, C-93/01 P und C-94/01 P) vom 3. Juli 2003 hat der EuGH festgestellt, dass im Falle einer fehlenden tatsächlichen Vergleichsmöglichkeit im Wettbewerb, die zwangsläufig hypothetischen normalen Marktbedingungen anhand verfügbarer objektiver und nachprüfbarer Faktoren zu ermitteln sind (Rdn. 38). Ein **Benchmarking kann somit auch aufgrund einer analytischen Kostenermittlung auf der Basis objektiver und nachprüfbarer Faktoren** durchgeführt werden.

## 2.2. Variante 2: Analytische Kostenermittlung

Die erforderlichen Daten für den Vergleich mit dem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen können analytisch und objektiv nachprüfbar aus der Kosten- und Leistungsstruktur des bestehenden Unternehmens hergeleitet werden. Es erfolgt eine Untersuchung der Angemessenheit der Kosten auf der Grundlage des konkreten Leistungsspektrums für die Erfüllung der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen.

### 2.2.1. Praktische Durchführung der analytischen Kostenermittlung

Die realisierten Kosten des Unternehmens werden analytisch gefiltert. Daraus werden die beihilferechtskonformen **Sollkosten** dieses spezifischen Unternehmens mit seinem individuellen Leistungsspektrum entwickelt.

Eine beihilferechtlich erforderliche Kostenanalyse kann daher auch auf der Grundlage der tatsächlichen Kosten des zu betrachtenden Unternehmens unter Berücksichtigung der spezifischen Produktionsbedingungen erfolgen. Sie kann im Auftrag des Unternehmens und/oder einer Gebietskörperschaft von einem unabhängigen Sachverständigen testiert werden, der über einschlägige Erfahrungen auf dem Gebiet der Verkehrswirtschaft und insbesondere über Kenntnisse des Personenverkehrsmarktes verfügt (z.B. Wirtschaftsprüfer).

Die von diesem Gutachter als zutreffend bestätigten Istkosten für die Erbringung der konkreten Verkehrsleistung dieses Unternehmens sind sowohl hinsichtlich der Mengenkomponente als auch der Preiskomponente auf Angemessenheit im Sinne des Maßstabes „durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen“ zu überprüfen. Grundlage der Angemessenheitsprüfung durch den Sachverständigen sind seine spezifischen Branchenkenntnisse.

Maßstab für marktgerechte Kosten bzw. deren Angemessenheit sind die effiziente Aufbau- und Ablauforganisation des Verkehrsunternehmens und der Grad der Restrukturierung. Anhaltspunkte hierfür können bei bezogenen Leistungen das konkrete Einkaufsverhalten im Einzelfall (z.B. europaweite Ausschreibung) sowie am Markt feststellbare gängige Beschaffungspreise sein. Ergänzend kann man auf eventuell

vorhandene Kennziffern aus Betriebsvergleichen, Kostensatzanalysen (z.B. im Rahmen der Ermittlung von Kostensätzen der Länder nach § 45a Abs. 2 Satz 2 PBefG) sowie sonstige Untersuchungen bzw. Veröffentlichungen für Analysezwecke zurückgreifen und diese mitberücksichtigen.

Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Kosten sind insbesondere folgende kostenbeeinflussende Faktoren bei der Erfüllung der konkret vor Ort definierten Qualitäts- und Umweltstandards zu berücksichtigen:

- Art der verkehrlichen Kooperation,
- Vertaktung und Vernetzung der Verkehre (Anschlusssicherung, Taktfahrplan),
- spezifische Situation auf den regionalen Märkten (z.B. erhöhter Beschaffungsaufwand für bestimmte Güter wie schwefelfreie Treibstoffe, lokale Verfügbarkeit von Subunternehmerleistungen),
- Übertragung besonderer Regie- und Verwaltungsaufgaben durch den Eigentümer bzw. Aufgabenträger (z.B. Planungsleistungen für Nahverkehrsplan),
- Eigentumsverhältnisse und Bedingungen für die Nutzung, Unterhaltung und Instandhaltung der Infrastruktur,
- Restrukturierungskosten (insbesondere unter Berücksichtigung der Lohntarifgegebenheiten),
- Einsatz besonders ausgewählten und geschulten Personals, Einräumung spezieller Kundenrechte, Vorhaltung von Betriebsreserven, Versorgungssicherheit, Einsatz von Sicherheitspersonal,
- Einsatz niederfluriger Fahrzeuge oder von Klimaanlage, Bereitstellung von Fahrausweisautomaten im Fahrzeug,
- Verwendung besonders umweltfreundlicher teurerer Kraftstoffe und von CRT- bzw. SCRT-Systemen, sonstige Umweltstandards.

Als Ergebnis der Analyse ermittelt der Sachverständige eigenverantwortlich und nach bestem Wissen und Gewissen die angemessenen Kosten. Die Istkosten werden entsprechend dem Maßstab „durchschnittlich, gut geführtes Unternehmen“ um die nicht notwendigen Kosten („überdurchschnittlich“) gekürzt.

Die so ermittelten Sollkosten dienen als Ausgangsgröße für die Festlegung einer oder mehrerer Kostensätze je Leistungseinheit (z.B. Wagen-/Zug-km, Platz-km) im Rahmen der Aufstellung der Ausgleichsparameter (Kriterium 2). Dabei kann der Kostensatz entweder jährlich neu ermittelt werden oder es wird geregelt, diesen für die Dauer der Betrauung auf der Grundlage objektiv feststellbarer Indices fortzuschreiben (z.B. für einen Zeitraum von 5 Jahren).

### 2.2.2. Beispiel einer analytischen Kostenermittlung

Wirtschaftsprüfer P ist Abschlussprüfer des Unternehmens VU und verfügt aufgrund weiterer Mandate in der Verkehrsbranche über spezielle Kenntnisse der spezifischen Produktionsbedingungen im Linienverkehr. Der Jahresabschluss für das Geschäftsjahr wurde unter Einbeziehung der Ordnungs- und Zweckmäßigkeit der vorhandenen Kostenrechnungssysteme bereits geprüft. Er stellt für das Jahr 2003 folgende **Istkostensätze** fest:

Sparte Bus:  $x$  € je Nutzwagen-km  
 Sparte Bahn:  $y$  € je Zug-km

Für die Sparte Bus ermittelt der Gutachter im Rahmen einer besonderen Angemessenheitsprüfung einen über der Messlatte liegenden („überdurchschnittlichen“) Kostenbestandteil von 0,03 €, für die Sparte Bahn einen Mehrbetrag von 0,12 €.

Für die anstehende Finanzierung von Verkehrsleistungen ab dem Jahre 2004 bestätigt der Sachverständige demgemäß die nachfolgenden Kostensätze als angemessen:

Sparte Bus:  $x - 0,03$  € je Nutzwagen-km  
 Sparte Bahn:  $y - 0,12$  € je Zug-km

Für die Finanzierung, die für 5 Jahre gelten soll (2004 bis 2008), werden Parameter aufgestellt auf der Basis der Verhältnisse des Jahres 2003, die im Jahre 2004 um 1,8 Prozent und in den darauf folgenden Jahren entsprechend einem Index fortgeschrieben werden. Hierzu kann z.B. der in der von VDV, bdo und den kommunalen Spitzenverbänden herausgegebenen Broschüre „Fahrpreise im ÖPNV“ enthaltene „Warenkorb für ÖPNV-Leistungen“ als Orientierungshilfe herangezogen werden.

Für die ab dem Jahre 2005 geplante netzweite Einführung von Niederflurfahrzeugen wird ergänzend ein einmaliger pauschaler Kostensatzzuschlag für die Sparte Bus vereinbart, der in den Folgejahren entsprechend den Indices fortgeschrieben wird.

Die ermittelten Kostensätze werden um einen Gewinnaufschlag in Höhe von  $z$  % erhöht.

### 3. Berechnung des Ausgleichs nach Ermittlung der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens

Mit der analytischen Kostenermittlung (Variante 2), eventuell auch mit dem direkten Unternehmensvergleich mit statistisch repräsentativen Daten (Variante 1), können im Ergebnis die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens ermittelt werden, die als Kostensatz je Leistungseinheit (z.B. Wagen-/Zug-km, Platz-km) die Parameter für die Formel zur Berechnung des Ausgleichs bilden. Abhängig vom Leis-

tungsangebot des Unternehmens können dabei differenzierte Kostensätze (Standardbus, Gelenkbus, U-Bahn, Stadtbahn, Straßenbahn etc.) Anwendung finden.

Die so gewonnenen Sollkosten über vorab zu definierende Leistungszeiträume können indexiert und fortgeschrieben werden. Dabei können sowohl allgemeine als auch sektorspezifische Indices (wie der o.g. „Warenkorb für ÖPNV-Leistungen“) Verwendung finden.

Angesichts der Tatsache, dass der EuGH in Bezug auf die Fixierung eines objektiven Kostenmaßstabes Neuland betreten hat, und wegen der Vielfalt der Gestaltungen vor Ort hält der VDV eine abstrakte Festlegung auf ein bestimmtes Verfahren oder Rechenmodell zur Ermittlung der Ist- und der Sollkosten für nicht sachgerecht.

## **E. Zusammenfassung**

- I. Das EuGH-Urteil vom 24. Juli 2003 in der Rechtssache „Altmark Trans“ erkennt an, dass (kommunale) Gebietskörperschaften Verkehrsunternehmen auch dann mit ÖPNV-Betriebsleistungen betrauen dürfen, wenn die Auswahl des betrauten Unternehmens nicht in einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren getroffen wurde. Die zulässigen Ausgleichsleistungen der öffentlichen Hand an diese ohne Ausschreibung ermittelten Unternehmen für deren im öffentlichen Interesse erbrachten Leistungen sind aber limitiert: Der EuGH begrenzt die beihilferechtlich unbedenkliche Höhe von Ausgleichszahlungen am Maßstab der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens. Damit wird im Ergebnis eine marktorientierte Betrauung von Unternehmen mit ÖPNV-Betriebsleistungen erzwungen, weshalb sich inzwischen für diese Wettbewerbsvariante auch der Begriff „marktorientierte Direktvergabe“ durchgesetzt hat.

Die Anerkennung dieser Wettbewerbsvariante neben dem Ausschreibungswettbewerb als europarechtskonform durch den EuGH gibt den in Deutschland am ÖPNV Beteiligten die Möglichkeit, zum einen die tatsächlich drohenden Nachteile eines uniformen Wettbewerbssystems der Ausschreibung, die bereits in anderen Mitgliedstaaten der EU sichtbar werden (Oligopolisierung des Anbietermarktes mit steigenden Preisen für die Gebietskörperschaften), zu vermeiden. Zum anderen weist die marktorientierte Direktvergabe gegenüber der Ausschreibungsvariante systembedingte Vorteile auf, und zwar sowohl für überschaubare ÖPNV-Leistungen, bei denen ansonsten relativ hohe Ausschreibungsfixkosten anfielen, als auch für komplexe ÖPNV-Systeme, die bei Ausschreibung angesichts der erforderlichen vertraglichen Komplexität erhebliche Vorlauf- und Durchführungskosten nach sich zögen. Auch würden im Ausschreibungsfall die steuerlichen Vorteile des kommunalwirtschaftlichen Querverbundes zwischen Versorgung und ÖPNV in Frage gestellt. Diese Gesichtspunkte sind den Möglichkeiten, im Ausschreibungswettbewerb eventuell einen finanziell günstigeren ÖPNV erreichen zu können, sorgfältig gegenüberzustellen. Der VDV kann den (kommunalen) Gebiets-

körperschaften diese konkrete Abwägung vor Ort nicht abnehmen, zeigt mit dieser Schrift aber, dass die marktorientierte Direktvergabe nicht nur rechtlich zulässig, sondern in der Praxis auch „schlank“ handhabbar und damit von Vorteil sowohl für Aufgabenträger, die Eigentümer von Verkehrsunternehmen sind, als auch für andere Aufgabenträger und Gebietskörperschaften ist.

- II. Die vier Prüfungskriterien des Urteils beziehen sich auf öffentlich bezuschusste eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen im Sinne des PBefG. Eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen, für die keine öffentlichen Zuschüsse gewährt werden, werden von den vier Kriterien des Urteils nicht erfasst, weil es in diesen Fällen gar nicht zu einer beihilferechtlich relevanten finanziellen Ausgleichsleistung der öffentlichen Hand an Verkehrsunternehmen kommt.
- III. Zur Auslegung des 1. Kriteriums (Betrachtung des begünstigten Unternehmens mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen):
  1. „Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH sind „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ (Art 86 Abs. 2 EG). Hierzu gehört ohne weiteres die Erbringung von ÖPNV-Verkehrsleistungen.
  2. Als geeigneter Betrungsakt für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse kommt entsprechend der ständigen Rechtsprechung des EUGH nicht nur ein förmlicher Vertrag in Betracht, sondern auch jeder andere Rechtsakt oder ein Bündel von Rechtsakten, aus denen sich die klar definierten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ergeben, z.B. aus einer Kombination von abstrakt-genereller Regelung in einem Nahverkehrsplan mit einer unternehmensbezogenen Konkretisierung durch Beschluss im Stadtrat oder durch gesellschaftsrechtliche Maßnahmen innerhalb des betrauten Unternehmens.
  3. Aus dem Urteil des EuGH vom 24. Juli 2003 ergibt sich, dass eine Liniengenehmigung nach dem PBefG eine Betrauung mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen enthalten kann. Daneben benötigen die Verkehrsunternehmen für über das durch die Liniengenehmigung definierte Leistungsbild hinausgehende Qualitäts- und Umweltstandards ggf. weitere Betrungsakte.
- IV. Zur Auslegung des 2. Kriteriums (vorherige objektive und transparente Aufstellung von Parametern zur Berechnung des finanziellen Ausgleichs):
  1. Dieses Kriterium bezieht sich auf die Finanzierung der im Sinne des 1. Kriteriums klar definierten Leistungen. Es müssen vor der Ausgleichszahlung nach sachlichen Kriterien bestimmte oder bestimmbare Rechnungsfaktoren aufgestellt werden und nicht unbedingt ein Festbetrag pro Leistungseinheit.



2. Das Transparenzgebot bedeutet nicht „öffentliche Aufstellung“, sondern die Nachvollziehbarkeit für etwaige Beihilfekontrollverfahren. Für die Form der Aufstellung der Ausgleichsparameter stellt der Gerichtshof keine Voraussetzungen auf. Die Aufstellung und Kontrolle der Ausgleichsparameter darf somit vom konkreten Finanzierungsakt abstrahiert erfolgen. Damit kann eine Kollision zwischen den aufzustellenden Parametern und den aus steuerlichen Gründen vorgenommenen gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen (z.B. kommunalwirtschaftlicher Querverbund) von vornherein ausgeschlossen werden.

V. Zur Auslegung des 3. und 4. Kriteriums (Verbot der Überkompensation):

1. Das 3. Kriterium enthält den allgemeinen Grundsatz, dass die Ausgleichszahlungen die Kosten der Erfüllung der klar definierten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nicht überschreiten dürfen.
2. Wenn kein Wettbewerbsverfahren durchgeführt wird, bei dem derjenige Bewerber ausgewählt wird, der die Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbringen kann, sind die Kosten auf der Basis einer Analyse der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens zu ermitteln (4. Kriterium).
3. Für die Kostenermittlung können die allgemein anerkannten Berechnungsmethoden der Istkostenrechnung Anwendung finden. Sowohl ein Ansatz angemessener Teile der Gemeinkosten und damit auch der so genannten „Overhead-Kosten“, kalkulatorischer Kostenbestandteile als auch Wertansätze auf Wiederbeschaffungskostenbasis sind damit zulässig.
4. Die bei der Erbringung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen erzielten Einnahmen sind zu berücksichtigen. Zur Abgrenzung von sonstigen Geschäften ist darauf abzustellen, ob eine Kausalität zwischen den vom betrauten Unternehmen erbrachten ÖPNV-Leistungen und den Erträgen aus solchen Geschäften besteht.
5. Ein angemessener Gewinnaufschlag ist möglich. Dieser kann als Zuschlag auf das Eigenkapital oder als branchenüblicher bzw. angestrebter Gewinnaufschlag in Prozent der Kosten ausgewiesen werden.
6. Zur Analyse der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens muss auf Unternehmen zurückgegriffen werden, die über vergleichbare Produktionsbedingungen verfügen, d.h. es darf nicht schematisch die EU, Deutschland oder die regionale Ebene zum Vergleich herangezogen werden. Für die Auslegung des Kriteriums „gut geführt“ ist auf § 53 HGrG abzustellen und es muss auf die Vergleichbarkeit des Leistungsbildes in quantitativer und qualitativer Hinsicht geachtet werden.

7. Zur Ermittlung der Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens eignen sich grundsätzlich zwei unterschiedliche methodische Ansätze: der direkte Unternehmensvergleich (Variante 1) und die analytische Kostenermittlung (Variante 2). Bei beiden Varianten kann die Ermittlung / Testierung durch geeignete unabhängige Sachverständige mit Kenntnissen der spezifischen Produktionsbedingungen im ÖPNV erfolgen.
8. Bei der Variante 1 werden die maßgeblichen Vergleichswerte und damit die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens ermittelt durch ein statistisch repräsentatives Benchmarking mit von unabhängiger Seite geprüftem Datenmaterial, welches die Kosten des betrauten Unternehmens analysiert und anhand mit diesem Unternehmen objektiv vergleichbarer Unternehmen den jeweiligen durchschnittlichen Kostensatz eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens generiert.
9. Bei der Variante 2 können die erforderlichen Daten für den Vergleich mit dem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen analytisch und objektiv nachprüfbar aus der Kosten- und Leistungsstruktur des bestehenden Unternehmens hergeleitet werden. Es erfolgt eine Untersuchung der Angemessenheit der Kosten auf der Grundlage des konkreten Leistungsspektrums für die Erfüllung der betreffenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen.
10. Aufgrund der Heterogenität und der Vielzahl der Einflussfaktoren bei der Leistungserstellung in einem Liniennetz ist ein Verkehrsunternehmen selten unmittelbar mit einem anderen Unternehmen vergleichbar. Damit ist eine flächendeckende Anwendung der Variante 1 aus Gründen mangelnder Vergleichbarkeit der Produktionsbedingungen kaum möglich.
11. Mit der analytischen Kostenermittlung (Variante 2), eventuell auch mit dem direkten Unternehmensvergleich mit statistisch repräsentativen Daten (Variante 1), können im Ergebnis die Kosten eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens ermittelt werden, die als Kostensatz je Leistungseinheit (z.B. Wagen-/Zug-km, Platz-km) die Parameter für die Formel zur Berechnung des Ausgleichs bilden. Abhängig vom Leistungsangebot des Unternehmens können dabei differenzierte Kostensätze (Standardbus, Gelenkbus, U-Bahn, Stadtbahn, Straßenbahn etc.) Anwendung finden. Die so gewonnenen Sollkosten über vorab zu definierende Leistungszeiträume können indexiert und fortgeschrieben werden. Dabei können sowohl allgemeine als auch sektorspezifische Indices Verwendung finden.

