

## VII. Zusammenfassung

Die aktuelle Rechtsprechung des BGH zu den Folgen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Versicherungsnehmers ist in der Literatur noch nicht hinreichend aufbereitet<sup>67</sup>. Diese Rechtsprechung zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt dazu, dass der Versicherungsvertrag als solcher und mit ihm auch die gegenseitigen offenen Leistungsansprüche bestehenbleiben. Lediglich die Durchsetzbarkeit dieser Leistungsansprüche ist nicht mehr gegeben. Diese Auffassung hat weitreichende Folgen für das Wahlrecht des Insolvenzverwalters gem. § 103 InsO. Die Wahl des Insolvenzverwalters auf Erfüllung des Versicherungsvertrags hat zur Folge, dass die gegenseitigen Leistungen aus dem Versicherungsvertrag weiter zu bewirken sind. Die Wahl des Insolvenzverwalters auf Nichterfüllung führt dazu, dass es bei der kraft Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetretenen Nicht-Durchsetzbarkeit der Ansprüche bleibt.

Für Käufer „gebrauchter“ Lebensversicherungen sind die bestehenden Risiken nicht unerheblich. Zwei Hauptaspekte sollten bedacht werden: Zum einen sollte der Käufer sich ein unwiderrufliches Bezugsrecht einräumen lassen, um zu verhindern, dass er trotz Zahlung des Kaufpreises später seinen Anspruch auf Auszahlung der Versicherungssumme oder zumindest des Rückkaufswerts nur gegen die Insolvenzmasse geltend machen kann. Zum anderen sollte der Käufer sich vorsorglich das Recht zur Kündigung des Versicherungsvertrags abtreten lassen. Die von anderer Seite ausgesprochene Kündigung führt dazu, dass der Versicherer nur den Rückkaufswert auszahlt, was dann die Rendite des Käufers senkt. ■

67 Zum Teil ist die Rspr. noch nicht in die aktuellen Kommentare eingearbeitet, vgl. dazu z. B. *Prölss/Martin* (o. Fußn. 6), die in der aktuellen Auflage bei § 14 Rdnr. 4 lediglich auf die Meinung eingehen, dass eine Insolvenzeröffnung wie eine Beendigung des Vertrags zu behandeln ist.

## Zur Rechtsprechung

Rechtsanwalt Dr. Christofer Lenz, Stuttgart

### Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre im ÖPNV\*

#### I. Einleitung

„Subventionierte Buslinien müssen nicht nach Europarecht ausgeschrieben werden.“ So fasst die Pressemitteilung<sup>1</sup> das Grundsatzurteil des *BVerwG* vom 19. 10. 2006 zusammen. Die Aussage gilt für den gesamten vom Personenbeförderungsgesetz (PBefG) erfassten Nahverkehr, also auch für Straßenbahnen. Die Entscheidung des *BVerwG* beendet – mit einigen unter IV noch zu behandelnden Ausnahmen – eine für die ÖPNV-Branche quälende Phase großer Unsicherheit<sup>2</sup>. Umstritten war im Anschluss an die Altmark Trans-Entscheidung des *EuGH*<sup>3</sup>, ob für den Nahverkehr in Deutschland, soweit er eigenwirtschaftlich betrieben wird, im PBefG eine rechtssichere Teilbereichsausnahme von der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69<sup>4</sup> angeordnet ist oder nicht. Die praktischen Konsequenzen der Streitfrage sind für die Branche erheblich. Wenn die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 Anwendung findet, dann zwingt sie im Regelfall zu einer Ausschreibung. Außerdem wechselt dann die Initiative für die Ausgestaltung des Nahverkehrs von den miteinander konkurrierenden Verkehrsunternehmen zum in eine Bestellfunktion geratenden öffentlichen Aufgabenträger. Drittens hätten die großen Städte die Defizite ihrer kommunalen Verkehrsunternehmen dann nicht mehr über den steuerlichen Querverbund finanzieren können, weil dafür nach den Erlassen der Steuerverwaltung eine Genehmigung nach § 13 PBefG (eigenwirtschaftliche Verkehre) gefordert wird. Greift aber die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69, dann können nur noch Genehmigungen nach § 13 a PBefG (gemeinwirtschaftliche Verkehre) erlangt werden. Verschärft wurde die Unsicherheit durch Stimmen, wonach die PBefG-Behörde im Genehmigungsverfahren auch prüfen müsse, ob sich das antragstellende Verkehrsunternehmen durch gemeinschaftsrechtlich unzulässige Beihilfen finanziert<sup>5</sup>.

#### II. Entscheidung des *BVerwG*

Der für ÖPNV-Fragen zuständige 3. Senat des *BVerwG* hat in beiden Punkten für Klarheit gesorgt<sup>6</sup>.

#### 1. Geltung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 nur in Ausnahmefällen

Das Bestehen einer rechtssicheren Teilbereichsausnahme bejaht das *BVerwG*. Nach dem ersten Leitsatz stellt die unterschiedliche Regelung der Genehmigung eigenwirtschaftlicher und gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen in §§ 8 IV, 13, 13 a PBefG eine rechtssichere Teilbereichsausnahme von der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 dar.

a) *Weite Teilbereichsausnahme*. Die Teilbereichsausnahme selbst entnimmt das *BVerwG* schon der Systematik des PBefG, weil die Geltung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 nur für Genehmigungen nach § 13 a PBefG angeordnet ist, nicht für Genehmigungen nach § 13 PBefG. Der Umfang der Teilbereichsausnahme hängt wegen des in § 8 IV PBefG angeordneten Vorrangs eigenwirtschaftlicher Erbringung der Verkehrsleistung nur noch vom Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit ab. Den Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit hatte das *BVerwG* aber schon mit seinem Altmark Trans-Vorlagebeschluss vom 6. 4. 2000 weit und Zuschüsse einschließend verstanden<sup>7</sup>. Das jetzige Urteil referiert, damals sei aus-

\* Besprechung von *BVerwG*, Urt. v. 19. 10. 2006 – 3 C 33/05, NVwZ 2007, 330 = NJW 2007, 1224 L (unter Nr. 26 in diesem Heft). – Der Autor ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Sozius von *Oppenländer Rechtsanwälte*.

1 Pressemit. Nr. 58/2006, abrufbar unter [www.bundesverwaltungsgericht.de](http://www.bundesverwaltungsgericht.de).

2 Beginnend mit *OVG Magdeburg*, TranspR 1999, 27.

3 *EuGH (Plenum)*, Slg. 2003, I-7747 = NJW 2003, 2515 – Altmark Trans.

4 Verordnung des Rates vom 26. 6. 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffverkehrs (ABIEG Nr. L 156, S. 1) i. d. F. der Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 des Rates vom 20. 6. 1991 (ABIEG Nr. L 169, S. 1).

5 Vgl. *VGH Mannheim*, DÖV 2006, 484 – für den Fall konkurrierender Genehmigungsanträge nach § 13 PBefG.

6 Die im Urteil ab Rdnr. 43 behandelte Durchbrechung des Altunternehmerprivilegs aus § 13 III PBefG bei jahrelanger Betriebsführungsübertragung im Verhältnis zum Betriebsführer muss aus Platzgründen ausgespart bleiben.

7 *BVerwG*, NVwZ 2001, 320 (321).

geführt worden, nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck der Regelung fielen öffentliche Zuschüsse unter die sonstigen Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne gem. § 8 IV 2 PBefG. An dieser Auslegung des deutschen Rechts hält das *BVerwG* im Urteil vom 19. 10. 2006 fest<sup>8</sup>.

b) *Rechtssicher und klar angeordnet*. Die vom *EuGH* im Altmark Trans-Urteil angedeuteten Zweifel<sup>9</sup> an der Rechtssicherheit der Teilbereichsausnahme hat das *BVerwG* nicht. Der *EuGH* hatte sich an einer Formulierung im Vorlagebeschluss des *BVerwG* des 3. *Senats* gestört, wonach der Unternehmer die Wahl habe, ob er einen Verkehr eigen- oder gemeinwirtschaftlich betreibt<sup>10</sup>. Der 3. *Senat* ist souverän genug, einzuräumen, dass es auf die Systematik des Gesetzes ankommt und nicht auf die von ihm dazu verkürzend verwandte Formulierung vom „Wahlrecht des Unternehmers“. Entscheidend ist das Regel-Ausnahme-Verhältnis in § 8 IV PBefG. Nach der in Satz 1 enthaltenen Regel sind Verkehrsleistungen im ÖPNV eigenwirtschaftlich zu erbringen. Nach Satz 3 ist die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 nur dann maßgeblich, soweit ausnahmsweise eine ausreichende Verkehrsbedienungsleistung nicht auf eigenwirtschaftlicher Grundlage möglich ist. Das „Wahlrecht des Unternehmers“ beschränkt sich auf die Entscheidung, ob er auf eigenes Risiko mit den ihm zur Verfügung stehenden Finanzmitteln einen Linienverkehr betreiben will. Bejaht er die Frage, steht ihm der Genehmigungsweg des § 13 PBefG offen. Verneint er sie, so liegt das weitere Vorgehen in der Hand des Aufgabenträgers<sup>11</sup>.

## 2. Genehmigung nach § 13 PBefG unabhängig vom Beihilfenrecht

Im Verfahren auf Erteilung einer Genehmigung für einen eigenwirtschaftlichen Linienverkehr nach § 13 i. V. mit § 8 IV PBefG „muss nicht“ geprüft werden, ob die Finanzierung der Verkehrsleistung teilweise durch gemeinschaftsrechtlich unzulässige Beihilfen erfolgen soll<sup>12</sup>. Da auf die Erteilung der Genehmigung nach § 13 PBefG bei Erfüllung der zu prüfenden Zulassungsvoraussetzungen ein Rechtsanspruch besteht (gebundene Entscheidung)<sup>13</sup>, bedeutet das „muss nicht“ des *BVerwG*, dass die Beihilfekonformität der Finanzierung auch nicht geprüft werden darf. Für die Beihilfeblindheit des personenbeförderungsrechtlichen Genehmigungsverfahrens nach § 13 PBefG nennt der *Senat* drei Gründe.

a) *Auch unzulässige Beihilfen sind Einnahmen*. Materiell lässt § 8 IV 2 PBefG keinen Raum für eine Überprüfung der Beihilfenrechtskonformität. Zwar besteht bei unter Verletzung europäischen Beihilfenrechts gewährten Zuschüssen das Risiko einer Rückzahlungsverpflichtung, aber die Zuschüsse gehen zunächst einmal als Einnahmen in die Gewinn- und Verlustrechnung ein. Nur darauf hat der deutsche Gesetzgeber in § 8 IV 2 PBefG mit dem Tatbestandsmerkmal der sonstigen Unternehmenserträge abgestellt<sup>14</sup>.

b) *Beschränktes Prüfungsprogramm des § 13 PBefG*. Zweitens stellt das *BVerwG* auf das gesetzliche Prüfungsprogramm der Genehmigungsnorm des § 13 PBefG ab. § 13 PBefG sieht an keiner Stelle eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der vom Unternehmer in seine Kalkulation aufgenommenen Erträge vor. Der PBefG-Genehmigungsbehörde fehlt deshalb die Rechtsmacht, über die Rechtmäßigkeit etwaiger Zuschüsse im Hinblick auf das Beihilfenrecht verbindlich zu entscheiden.

c) *Kein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht*. Das so auszulegende deutsche Recht ist auch nicht gemeinschaftsrechtswidrig. Zwar folgt aus Art. 10 Unterabs. 2 EG die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, alle Maßnahmen zu unterlassen, welche

die Verwirklichung der Ziele des EG-Vertrags gefährden könnten. Durch die Nichtprüfung des EG-Beihilfenrechts im Genehmigungsverfahren nach § 13 PBefG wird die Verwirklichung der Ziele des EG-Vertrags aber nicht ernsthaft gefährdet, weil der Vertrag für diese Materie in den Art. 87 ff. EG ein striktes Beihilferegiment durch die Kommission vorsieht<sup>15</sup>.

## III. Analyse

### 1. Rechtlich vorhersehbar

Die rechtliche Bewertung des *BVerwG* ist nicht nur überzeugend, sie war auch vorhersehbar. Beim Komplex Teilbereichsausnahme sind die Bewertungen der Vorinstanz<sup>16</sup> und entsprechende Gutachten<sup>17</sup> bestätigt worden. Rückblickend erscheint kaum mehr verständlich, warum es bis zur Entscheidung des *BVerwG* überhaupt so viele Vertreter einer gegenteiligen Sichtweise gab<sup>18</sup>. Denn alle wesentlichen Teilfragen waren auch schon vor dem Grundsatzurteil des *BVerwG* entweder durch die jeweils zuständigen Gerichte entschieden oder im Wesentlichen unstrittig. Das *BVerwG* hatte 2000 abschließend festgestellt, dass der nationale Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit auch Zuschüsse einschließt<sup>19</sup>. Der *EuGH* hatte 2003 geklärt, dass der deutsche Gesetzgeber auch für in diesem Sinne eigenwirtschaftliche (also bezuschusste) Nahverkehrsleistungen eine Ausnahme von der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 anordnen durfte<sup>20</sup>. Die Anordnung der Ausnahme für eigenwirtschaftliche Verkehre ergab sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes, weil für Genehmigungen nach § 13 PBefG die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 gerade nicht gelten sollte (§ 8 IV i. V. mit § 13 a PBefG). Die vom *EuGH* im Hinblick auf das „Wahlrecht des Unternehmers“ aufgeworfenen Zweifel an der Rechtssicherheit der Ausnahme beruhten nach fast allgemeiner Ansicht auf einem Missverständnis. Denn ein „Wahlrecht des Unternehmers“ war schon durch die starke Stellung des Aufgabenträgers ausgeschlossen<sup>21</sup>.

8 *BVerwG*, NVwZ 2007, 330 Rdnr. 31.

9 *EuGH*, Slg. 2003, I-7747 = NJW 2003, 2515 Rdnrn. 61 f. – Altmark Trans.

10 *BVerwG*, NVwZ 2001, 320 (321), im Anschluss an BT-Dr 12/6269, S. 144.

11 Vgl. *BVerwG*, NVwZ 2007, 330 Rdnr. 35. Der 3. *Senat* fasst das jetzt in die neue Formel, bei der Genehmigung nach § 13 PBefG liege die Initiative beim Unternehmer, im Fall des § 13 a PBefG müsse der Aufgabenträger initiativ werden.

12 *BVerwG*, NVwZ 2007, 330 = NJW 2007, 1224 Ls. 2.

13 Vgl. *BVerwG*, NVwZ 2001, 322.

14 Vgl. *BVerwG*, NVwZ 2007, 330 Rdnr. 38.

15 Vgl. *BVerwG*, NVwZ 2007, 330 Rdnr. 42 unter Hinw. auf die Rückzahlungspflichten, die Möglichkeiten der Beihilfenbeschwerde durch Konkurrenten und die Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens der Kommission.

16 OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2005, 105 m. zust. Besprechung v. Lenz, Der Nahverkehr 3/2005, S. 11 ff.

17 Vgl. die auf der Homepage des Verbands Deutscher Verkehrsunternehmen ([www.vdv.de](http://www.vdv.de)) abrufbaren Gutachten der Kanzlei Dr. Sellmann, Blume, Wiemann vom 20. 4. 2004 im Auftrag des VDV und der Kanzlei Oppenländer (Rechtsanwalt Dr. Lenz) vom 14. 5. 2004 im Auftrag hessischer Verkehrsunternehmen (Letzteres im Folgenden zit. als Lenz, Gutachten).

18 Gegen eine rechtssichere Teilbereichsausnahme etwa Baumeister, NZBau 2003, 550 (551); Berschin, TransPR 2003, 333 (334 f.); Schaaffkamp, Verkehr und Technik 2004, 25 (28); Wachinger, WiVerw 2004, 27 (37 ff.), die Gutachter der KCW GmbH (weiterhin abrufbar unter [www.wirtschaft.hessen.de](http://www.wirtschaft.hessen.de)) und aus der Rspr. später OVG Koblenz, LKV 2006, 276 (278).

19 *BVerwG*, NVwZ 2001, 320 (321).

20 *EuGH*, Slg. 2003, I-7747 = NJW 2003, 2515 Rdnr. 57 – Altmark Trans.

21 So nicht nur das KCW-Gutachten (S. 56), sondern auch die literarischen Gegner einer rechtssicheren Teilbereichsausnahme wie Baumeister, NZBau 2003, 550 (551), und Wachinger, WiVerw 2004, 27 (39).

## 2. Rechtspolitisch überzeugend

Die Ergebnisse des *BVerwG* überzeugen aber auch in rechtspolitischer Hinsicht. Sie halten die gewerbefreiheitliche Fahne des *PBefG* hoch. Sie stärken die Kommunen, die weiterhin frei entscheiden können, ob sie den Nahverkehr in ihrem Gebiet ausschreiben wollen oder nicht. Genau diesen politischen Spielraum will der Europäische Ministerrat den Kommunen auch künftig belassen, jedenfalls solange ihr kommunales Verkehrsunternehmen seine Geschäftstätigkeit auf den Zuständigkeitsbereich der Kommune beschränkt<sup>22</sup>. Nach Auffassung des Ministerrats sind mehr Qualität und Effizienz im ÖPNV am ehesten gewährleistet, wenn die zuständigen Behörden zwischen Ausschreibung und Direktvergabe wählen können<sup>23</sup>.

## 3. Ende des hessischen Sonderwegs

Konsequenzen ziehen muss das Land Hessen. Dort war aus letztlich politischen Gründen eine Erlasslage geschaffen worden, nach der die Behörden nur noch Genehmigungen nach § 13 a *PBefG* i. V. mit der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 erteilen durften. Dadurch sind sehr viele Kreise und Städte rechtswidrig in eine Ausschreibung gezwungen worden, die sie freiwillig nie vorgenommen hätten. Dieser hessische Sonderweg muss nach dem Urteil des *BVerwG* aufgegeben werden. Nicht nur die Erlasse sind unhaltbar geworden, sondern auch das hessische ÖPNV-Gesetz muss geändert werden. Es sieht in seiner erst Ende 2005 novellierten Fassung zwingend vor, dass der Aufgabenträger den Verkehr zu bestellen hat (§ 9 HessÖPNV-Gesetz). Das widerspricht den durch das *BVerwG* abschließend ausgelegten bundesrechtlichen Vorschriften des §§ 8 IV, 13 *PBefG*. Danach darf der Aufgabenträger Nahverkehrsleistungen erst dann bestellen, wenn ausnahmsweise kein Verkehrsunternehmen die eigenwirtschaftliche Erbringung der Verkehrsleistungen beantragt oder wenn durch die beantragten eigenwirtschaftlichen Verkehre keine ausreichende Verkehrsbedienung erfolgt<sup>24</sup>.

## IV. Anschlussfragen

Nach der Grundsatzentscheidung verbleiben jedenfalls noch zwei Anschlussfragen.

### 1. Reichweite der Teilbereichsausnahme

Das betrifft zunächst die Reichweite der Teilbereichsausnahme. Das *BVerwG* hatte keinen Anlass, sich dazu zu äußern. Es versteht sich aber von selbst, dass wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts die deutsche Teilbereichsausnahme nicht über die Grenzen hinausgehen kann, welche die Ermächtigungsnorm in der unmittelbar wirksamen Verordnung zieht<sup>25</sup>. Nach Art. 1 I Unterabs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 können die Mitgliedstaaten Unternehmen, deren Tätigkeit *ausschließlich* auf den Betrieb von Stadt-, Vorort- und Regionalverkehrsdiensten beschränkt ist, vom Anwendungsbereich der Verordnung ausnehmen. Das bedeutet: Verkehrsunternehmen, die neben dem Nahverkehr auch andere unter die Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 fallende Verkehrsdienste erbringen (z. B. im Fernverkehr), können nicht in den Genuss der Teilbereichsausnahme kommen<sup>26</sup>. Darin erschöpft sich aber bereits der Bedeutungsgehalt des Tatbestandsmerkmals der Ausschließlichkeit. Unternehmen, die sich neben dem Nahverkehr auch in anderen Branchen außerhalb des Verkehrssektors betätigen, sind teilbereichsausnahmefähig. Denn die Ausnahmeermächtigung des Art. 1 I Unterabs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 darf nicht aus ihrem systematischen Zusammenhang gerissen werden. Die Ausnahmeermächtigung knüpft an den ersten Unterabsatz an, der bestimmt, dass die Verordnung nur für

*Verkehrsunternehmen* und für *Verkehrsdienste* gilt. Eine unternehmerische Tätigkeit außerhalb des Verkehrssektors wird von der Verordnung überhaupt nicht geregelt. Aus dem Zusammenspiel der beiden Unterabsätze von Art. 1 I der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 ergibt sich auch zwanglos der Zweck des Ausschließlichkeitskriteriums. Könnten die Mitgliedstaaten auch Verkehrsunternehmen von der Verordnung ausnehmen, die etwa im Eisenbahnbereich Fernverkehre anbieten, dann bliebe auch dieser Fernverkehrsteil des Unternehmens außerhalb der Geltung der Verordnung. Lediglich um dieses Ergebnis auszuschließen, ist im Jahr 1991 durch die Änderungsverordnung (EWG) Nr. 1893/91 das Wort „hauptsächlich“ durch den Begriff „ausschließlich“ ersetzt worden. Es kommt deshalb allein darauf an, ob die Verkehrsaktivitäten eines Unternehmens, die von der Verordnung erfasst sind, ausschließlich auf Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehrsdienste beschränkt sind<sup>27</sup>. Aus diesem Entstehungsgeschichtlich belegten Zweck ergibt sich auch, dass der Unternehmensbegriff in Art. 1 I Unterabs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 nicht konzernbezogen ist. Unternehmen ist jede rechtlich selbstständige Einheit. Die Teilbereichsausnahme erfasst deshalb auch Verkehrstöchter von kommunalen Stadtwerken oder Holding-Gesellschaften. Das dürfte auch für Regionalverkehrstöchter der Deutschen Bahn AG gelten.

### 2. Zuschussverträge und Genehmigung

Zur Erfüllung der so genannten vier *EuGH*-Kriterien aus der *Altmark Trans*-Entscheidung für Ausgleichsleistungen werden verbreitet Verträge zwischen Verkehrsunternehmen und Kommunen abgeschlossen. Dabei agieren Kommunen teilweise als Aufgabenträger, teilweise als Eigentümer und teilweise auch in Doppelfunktion. Solche Zuschussverträge sind regelmäßig nicht als Aufträge im Sinne des Vergaberechts ausgestaltet<sup>28</sup>. Ihr Abschluss könnte aber Genehmigungsbehörden, die trotz der Entscheidung des *BVerwG* den Anwendungsbereich von § 13 *PBefG* weiter möglichst klein halten wollen, ein Einfallstor bieten. Die Annahme, dass der Abschluss eines Zuschussvertrags mit dem Aufgabenträger trotz Teilbereichsausnahme zur Anwendbarkeit der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 und des § 13 a *PBefG* führt, ist aber nicht tragfähig. Das ergibt sich schon aus der Rechtsprechung des *BVerwG*. Der Vorlagebeschluss im *Altmark Trans*-Verfahren stellt mehrfach und ausdrücklich klar, dass auch vertraglich gewährte Zuschüsse den sonstigen Unternehmenserträgen zuzuordnen sind, Zuschussverträge der Eigenwirtschaftlichkeit also nicht entgegenstehen<sup>29</sup>. Unzutref-

22 Vgl. Art. 5 II lit. b des Entw. einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und 1107/70 des Rates i. d. F. des gemeinsamen Standpunkts des Rates vom 11. 12. 2006, Interinstitutionelles Dossier 2000/0212 (COD).

23 Vgl. die Begründung des Rates für den geänderten Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße vom 11. 12. 2006, S. 5.

24 Vgl. dazu Lenz (o. Fußn. 17), S. 70.

25 Lenz (o. Fußn. 17), S. 19, 28 ff., 46.

26 Vgl. VG Gießen, Beschl. v. 3. 4. 2006 – 6 G 51/06, Umdruck S. 6, Kurzzusammenfassung in IR 2006, 139.

27 So auch die Formulierung in § 1 der ursprünglichen Rechtsverordnung des Bundesverkehrsministeriums zur Festlegung des Anwendungsbereichs der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 i. d. F. der Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 im Straßenpersonenverkehr vom 31. 7. 1992, BGBl I, 1442. Diese bis zum 31. 12. 1995 geltende Regelung ist von der Europäischen Kommission nie beanstandet worden.

28 Vgl. Gommlich/Wittig/Schimanek, NZBau 2006, 473 (476 f.). S. auch Lenz/Ulshöfer, Der Nahverkehr 5/2005, S. 30 (32).

29 Vgl. *BVerwG*, NVwZ 2001, 320 (321); Lenz (o. Fußn. 17), S. 68; insoweit zutr. auch Karnop, LKV 2006, 261 (262).

fend ist die These, dass Verkehrsleistungen, die der Staat oder seine kommunalen Untergliederungen selbst oder durch eigene Gesellschaften erbringen, immer gemeinwirtschaftlichen Charakter haben<sup>30</sup>. Das findet weder im Gesetz noch in der Rechtsprechung des *BVerwG* eine Stütze. Das *BVerwG* verweist in Rdnr. 39 ausdrücklich auf die Absicht des historischen Gesetzgebers, das bisherige System der Finanzierung des ÖPNV weiterzuführen. Damit ist die Vorstellung unvereinbar, der Gesetzgeber habe Nahverkehrsleistungen, die in kommunaler Eigenregie erbracht werden, aus dem Begriff der Eigenwirtschaftlichkeit ausschließen wollen.

## V. Zusammenfassung

Das *BVerwG* hat die bewährten Grundzüge des deutschen ÖPNV-Rechts bestätigt. Damit ist der Versuch gescheitert,

den ÖPNV-Sektor durch extensive Auslegung des EG-Rechts auf den Kopf zu stellen. Europarecht zwingt weder zur Ausschreibung von personenbeförderungsrechtlichen Genehmigungen im Nahverkehr noch muss im Genehmigungsverfahren die Finanzierung auf Übereinstimmung mit dem EG-Beihilfenrecht überprüft werden. Dezentrale Genehmigungserteilung und bei der Kommission konzentrierte Beihilfenaufsicht bleiben getrennt und können je für sich effektiv durchgeführt werden. An die Entscheidung des *BVerwG* schließen sich zwar Folgefragen an. Sie lassen sich aber nicht in einer Weise beantworten, die quasi durch die Hintertür wieder zu einer Anwendbarkeit der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 führt. ■

30 So aber *Karnop*, LKV 2006, 261 (262).

## Bericht

Rechtsanwalt und Steuerberater Harald Plewka, Frankfurt a. M.,  
und Rechtsanwältin Dr. Claudia Klumpen-Neusel, Wuppertal

### Die Entwicklung des Steuerrechts\*

Die folgende Übersicht enthält (im Anschluss an NJW 2006, 3612) eine Auswahl der im 4. Quartal 2006 veröffentlichten Entscheidungen der Finanzgerichtsbarkeit sowie wichtige Erlasse der Finanzverwaltung, die insbesondere für die anwaltliche Beratungspraxis von Bedeutung erscheinen.

#### I. Verwaltungsanweisungen

##### 1. Gesellschafter-Fremdfinanzierung

Bekanntlich ist die Regelung der so genannten schädlichen Gesellschafterfinanzierung (§ 8 a KStG) missglückt. Das gilt insbesondere auch für den innerkonzernlichen Beteiligungserwerb (§ 8 a VI KStG). Danach sind Vergütungen für Fremdkapital, das einer Kapitalgesellschaft überlassen wird, stets verdeckte Gewinnausschüttungen, wenn das Fremdkapital für Zwecke des Erwerbs einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft aufgenommen wurde und der Veräußerer der Beteiligung sowie der Geber des Fremdkapitals ein wesentlich beteiligter Gesellschafter (Beteiligung größer 25%) oder eine nahestehende Person ist. Schädlich ist es dabei auch, wenn der Darlehensgeber ein rückgriffsberechtigter Dritter ist. Nach langer Ankündigung nimmt das BMF nun mit seinem Schreiben vom 19. 9. 2006<sup>1</sup> zu Anwendungsfragen des § 8 a VI KStG in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz vom 22. 12. 2003<sup>2</sup> Stellung. Den Erwartungen, den kaum justitiablen Anwendungsbereich des § 8 a VI KStG wirkungsvoll einzuschränken, wird das BMF-Schreiben nicht gerecht. Teilweise wird die Vorschrift sogar extensiv ausgelegt. So will die Finanzverwaltung zusätzlich auch die mittelbare Veräußerung einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft erfassen. Damit soll wohl der Fall gemeint sein, dass Anteile an einer Personengesellschaft veräußert werden, zu deren Vermögen eine Kapitalgesellschaft gehört. Sehr problematisch ist zudem, dass die Finanzverwaltung auf einen objektiven Zusammenhang zwischen der Aufnahme des

Fremdkapitals und dem Beteiligungserwerb (Veranlassungsprinzips) abstellt, während der Wortlaut einen finalen Zusammenhang und damit auch ein subjektives Element der Aufnahme von Darlehen zum Zwecke des Beteiligungserwerbs nahelegt.

Im Ergebnis ist zu hoffen, dass § 8 a KStG in Toto abgeschafft wird. Allerdings ist die nach dem bislang vorliegenden Kabinettsentwurf geplante „Zinsschranke“ (§ 4 h EStG-E, § 8 a KStG-E) nur ein anderes Übel. Danach sollen Zinsaufwendungen, soweit sie etwaige Zinserträge übersteigen, stets nur zu 30% eines maßgeblichen Gewinns oder Einkommens abzugsfähig sein. Eine Ausnahme (*escape*) ist insoweit vorgesehen, als dieser Zinsaufwand weniger als 1 Mio. Euro pro Jahr beträgt oder es sich um ein nicht konzernangehöriges oder nur anteilmäßig konzernangehöriges Unternehmen handelt oder, wenn konzernangehörige Unternehmen betroffen sind, die Eigenkapitalquote nicht niedriger ist als die Konzerneigenkapitalquote. Wenn das den Zinsabzug begehrende Unternehmen jedoch eine Kapitalgesellschaft ist, darf der Zinsaufwand für Fremdkapital, das von einem wesentlich beteiligten Anteilseigner, eine diesem nahestehende Person oder einem so genannten rückgriffsberechtigten Dritten überlassen wird, 10% des Gesamtzinsaufwands nicht übersteigen. Anders als nach § 8 a KStG in der bisherigen Anwendungspraxis soll ein extensiver Rückgriffsbegriff, der auch eine faktische Rückgriffsmöglichkeit erfasst, ausreichen. Zu beachten ist, dass die Zinsschranke grundsätzlich rechtsformunabhängig (also z. B. auf Personen- und Kapitalgesellschaften anwendbar) und unabhängig von einer Gesellschafterfremdfinanzierung und damit selbst für normale Bankfinanzierungen gelten soll.

\* Der Autor Plewka ist Partner bei *Gleiss Lutz*, Frankfurt a. M., die Autorin *Klumpen-Neusel* ist als Rechtsanwältin in Wuppertal tätig.

1 BMF-Schreiben v. 19. 9. 2006 – IV B 7-S 2742 a-21/06, BStBl I 2006, 559 = DStR 2006, 1943.

2 BGBl I 2003, 2840.