

## Hinweise

### **zur Erstellung der allgemeinen Vorschrift nach § 11a Absatz 2 Satz 6 ÖPNVG NRW**

Durch das Gesetz vom 21.12.2010 wurde das Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr in Nordrhein-Westfalen (ÖPNVG NRW) geändert. Ein wesentlicher Bestandteil der Gesetzesänderung ist die Einführung der Ausbildungsverkehr-Pauschale nach § 11a ÖPNVG NRW an die kommunalen Aufgabenträger zur Finanzierung des Ausbildungsverkehrs als Nachfolgeregelung zum Ausgleich nach § 45a Personenbeförderungsgesetz (PBefG).

Mindestens 87,5 % der Ausbildungsverkehr-Pauschale sind gemäß § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW nach einem festen Schlüssel an die Unternehmen weiterzuleiten. Die Weiterleitung dieses Anteils der Pauschale soll nach § 11a Abs. 2 Satz 6 ÖPNVG NRW auf der Grundlage einer allgemeinen Vorschrift nach Artikel 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 erfolgen.

Die nachfolgenden Hinweise dienen den ÖPNV-Aufgabenträgern als Hilfestellung für die Erarbeitung und den Erlass der allgemeinen Vorschrift. Sie stellen keine zwingenden Vorgaben dar und schließen abweichende Lösungen vor Ort nicht aus. Die Hinweise wurden von der Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Spitzenverbände in Nordrhein-Westfalen gemeinsam mit dem Ministerium für Wirtschaft, Energie, Bauen, Wohnen und Verkehr des Landes Nordrhein-Westfalen entwickelt, mit den Verkehrsverbänden und –gemeinschaften erörtert sowie mit dem Verband deutscher Verkehrsunternehmen e. V. (VDV) – Landesgruppe Nordrhein-Westfalen – und dem Verband nordrhein-westfälischer Omnibusunternehmen e. V. (NWO) in wesentlichen Punkten abgestimmt. In den nachfolgenden Hinweisen wird versucht, Lösungen vorzuschlagen, die ein möglichst hohes Maß an Praktikabilität und Rechtssicherheit miteinander verbinden. Wegen fehlender Leitentscheidungen zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 können jedoch nicht alle zukünftigen Entscheidungen und rechtlichen

Entwicklungen bei der Auslegung der besagten Verordnung und ihr folgend dem umsetzenden nationalem Recht antizipiert werden. Vor diesem Hintergrund sind diese Hinweise zu verstehen.

## **I. Allgemeines**

Die allgemeine Vorschrift muss den europarechtlichen Vorgaben der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 sowie den Anforderungen des § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW genügen.

Artikel 2 Buchstabe I der Verordnung definiert die allgemeine Vorschrift als „eine Maßnahme, die diskriminierungsfrei für alle öffentlichen Personenverkehrsdienste derselben Art in einem bestimmten geografischen Gebiet, das im Zuständigkeitsbereich einer zuständigen Behörde liegt, gilt“. Nach Artikel 3 Abs. 2 der Verordnung dürfen allgemeine Vorschriften erlassen werden, um „gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zur Festsetzung von Höchsttarifen für alle Fahrgäste oder bestimmte Gruppen von Fahrgästen“ zu bestimmen und dafür einen Ausgleich zu gewähren; dabei sind die weiteren Vorgaben der Verordnung, insbesondere der Artikel 4 und 6 sowie des Anhangs zur Verordnung zu beachten.

§ 11a Absatz 2 ÖPNVG NRW bestimmt, dass die Pauschalmittel als Ausgleich zu den Kosten einzusetzen sind, die bei der Beförderung von Personen mit Zeitfahrausweisen des Ausbildungsverkehrs entstehen und nicht durch entsprechende Fahrgeldeinnahmen gedeckt werden. Die Mittel sind hierzu an alle im jeweiligen Gebiet des Aufgabenträgers tätigen Verkehrsunternehmen, die Verkehre im Sinne des § 11a Abs. 2 Satz 1 ÖPNVG NRW betreiben, weiterzuleiten. Voraussetzung dafür ist, dass die Verkehrsunternehmen die Gemeinschafts-, Übergangstarife oder den landesweiten Tarif gemäß § 5 Absatz 3 ÖPNVG NRW anwenden oder zumindest anerkennen; die von den Verkehrsunternehmen angewendeten Tarife für Zeitfahrausweise des Ausbildungsverkehrs müssen darüber hinaus die Tarife für die entsprechenden allgemeinen Zeitfahrausweise in ihrer Höhe spätestens ab dem 1. August 2012 um mehr als 20 vom Hundert unterschreiten. Maßstab für die Verteilung des Anteils

der Pauschale nach Satz 1 sind die Erträge im Ausbildungsverkehr des jeweiligen Jahres der Verkehrsunternehmen im Gebiet der jeweiligen Aufgabenträger.

## **II. Form und Mindestinhalt der allgemeinen Vorschrift**

Die allgemeine Vorschrift ist von der zuständigen Behörde im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zu erlassen. Zuständige Behörde ist der Aufgabenträger nach § 3 Abs. 1 ÖPNVG NRW, soweit nicht Aufgaben delegiert wurden (§ 5 Abs. 3a ÖPNVG NRW). Es wird auch für vertretbar gehalten, dass im Falle eines Erlasses der allgemeinen Vorschrift durch den Zweckverband die Auszahlung der Mittel durch den jeweiligen Aufgabenträger erfolgt. Eine Delegation der Abwicklung der Mittelgewährung nach § 11a Abs. 2 kann vor dem Hintergrund der gesetzlichen Vorgaben und im Interesse einer einheitlichen Verfahrensweise auch in Anbetracht des Erlasses allgemeiner Vorschriften nach Artikel 3 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zum Verbundtarif durch einzelne Zweckverbände sinnvoll sein.

In der allgemeinen Vorschrift sind mindestens zu regeln:

- die Festlegung der konkreten Höchstarife im Ausbildungsverkehr und des begünstigten Personenkreises,
- die Zuordnung der Referenzen in Bezug auf die Einhaltung der Vorgabe zur Absenkung des Ausbildungstarifs gegenüber dem vergleichbaren Regeltarif um mehr als 20 % ab dem 01.08.2012,
- die Festlegung des Anteils an der Ausbildungsverkehr-Pauschale, der nach den Vorgaben des § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW weitergeleitet werden soll (mindestens 87,5 %),
- die Berechnungsformel des Ausgleichs,
- das Antrags- und Bewilligungsverfahren,
- Form und Umfang des Nachweises durch die Unternehmen sowie
- Festlegung der Parameter zur Ermittlung der Kosten und Erträge, der Trennungsrechnung sowie des Anreizsystems für die Prüfung nach dem Anhang zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

Die allgemeine Vorschrift muss verbindlich sein und sollte deshalb als Satzung erlassen werden. Es wird daneben vertreten, die allgemeine Vorschrift als Förderrichtlinie oder in sonstigen, einer Förderrichtlinie gleichwertigen Einzelakten oder Einzelverträgen zu regeln, wenn gewährleistet ist, dass die jeweiligen Regelungen gleichmäßig gegenüber jedermann zur Anwendung kommen und ex-ante in geeigneter Form bekannt gemacht worden sind; eine größere Rechtssicherheit dürfte i.d.R. durch eine Satzung zu erlangen sein. Ein entsprechender Satzungsbeschluss trägt auch zur Erhöhung der Transparenz bei. Es empfiehlt sich darüber hinaus eine Veröffentlichung über den Internetauftritt des Aufgabenträgers.

Die allgemeine Vorschrift kann sich in der Regel nur auf in der Zukunft liegende Sachverhalte beziehen und sollte daher im Vorhinein erlassen werden. Aufgrund der Verabschiedung der § 11a einfügenden Änderung des ÖPNVG NRW ist der Erlass einer allgemeinen Vorschrift für das Jahr 2011 im Vorhinein nicht möglich gewesen. Bezüglich des Umgangs mit dieser Thematik wird auf den Erlass des Ministeriums vom 21.12.2010 verwiesen. Die rückwirkende Inkraftsetzung der allgemeinen Vorschrift wird vor diesem Hintergrund der zeitlichen Besonderheiten des Jahres 2011 für zulässig gehalten mit der Folge, dass im Zeitraum vom 01.01.2011 bis zum Erlass der allgemeinen Vorschrift entstandenen Kosten und erzielten Erträge zu berücksichtigen sind.

### **III. Besondere Hinweise**

Nachfolgend werden konkrete Hinweise zu Begriffen im Zusammenhang mit der allgemeinen Vorschrift gegeben:

#### **1. Auszubildende**

In der allgemeinen Vorschrift ist der Personenkreis, für den die Höchstattarife festgelegt werden, zu definieren. Dies sollte im Regelfall durch Verweis auf die Tarifbestimmungen des jeweiligen Tarifes erfolgen.

Der Personenkreis kann im Einzelfall in Abstimmung mit den Verkehrsverbänden und –gemeinschaften abweichend von den Festlegungen im Rahmen des Ausgleichs

nach § 45a PBefG festgelegt werden; die Qualifizierung eines Personenkreises als Auszubildende und die Gründe dafür sollten aktenkundig gemacht werden, sofern von den Festlegungen des § 1 der Verordnung über den Ausgleich gemeinwirtschaftlicher Leistungen im Straßenpersonenverkehr (PBefAusglV) abgewichen wird.

## 2. Höchsttarife

In der allgemeinen Vorschrift müssen die Höchsttarife im Ausbildungsverkehr konkret festgelegt werden. Artikel 3 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 besagt, dass die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung zur Festsetzung von Höchsttarifen Gegenstand einer allgemeinen Vorschrift sein kann. Wenn eine solche Festsetzung erfolgt, ermöglicht Satz 2 die Gewährung einer Ausgleichsleistung. Daraus wird teilweise gefolgert, dass die Verbindlichkeit der Höchsttarife durch die allgemeine Vorschrift erfolgen muss. Damit der Aufgabenträger die Anwendung dieser durch ihn vorgegebenen Höchsttarife umsetzen kann, sollte er die Tarife in der allgemeinen Vorschrift, ggf. in einer Anlage hierzu, ausdrücklich als verpflichtend aufnehmen und die Verpflichtung zur Anwendung in dem späteren Zuwendungsverhältnis zum jeweiligen Verkehrsunternehmen (entweder durch Zuwendungsbescheid oder Vertrag) in rechtlich bindender Weise vorgeben. Dies kann insbesondere durch eine Auflage in dem Zuwendungsbescheid geschehen. Zudem sollte die Einhaltung der vorgegebenen Höchsttarife in der allgemeinen Vorschrift selbst (und im Zuwendungsbescheid) zusätzlich zur Bedingung (i.S.d. § 36 VwVfG NRW) der Förderung gemacht werden.

§ 11a Abs. 2 Satz 3 ÖPNVG NRW bestimmt als Voraussetzung die Anwendung oder zumindest Anerkennung des jeweiligen Gemeinschaftstarifes, der Übergangstarife sowie des landesweiten Tarifs. Daher sind regelmäßig diese Tarife in der allgemeinen Vorschrift als Höchsttarife festzusetzen, soweit die Voraussetzung des § 11a Abs. 2 Satz 4 ÖPNVG NRW (Tarifabsenkung – Ziffer III. 3) erfüllt ist. Da dies beim NRW-Tarif aufgrund der Abhängigkeit von der bundesweiten Preisgestaltung des Eisenbahntarifs nicht durchgängig der Fall ist, ist der NRW-Tarif nicht als Höchsttarif festzulegen und die daraus resultierenden Erträge der Verkehrsunternehmen auch nicht in die Mittelgewährung einzubeziehen.

Ein dynamischer Verweis auf den Verbundtarif „in der jeweils geltenden Fassung“ wird als zulässig erachtet. In diesem Fall ist in der allgemeinen Vorschrift auch festzulegen, welcher Zeitfahrausweis im Regeltarif als vergleichbar zum jeweiligen Zeitfahrausweis im Ausbildungsverkehr anzusehen ist (Referenz), um so die Einhaltung der Tarifabsenkung um mehr als 20 % ab dem 01.08.2012 sicherzustellen. Alternativ besteht auch die Möglichkeit, Höchsttarife im Schüler- und Ausbildungsverkehr in der allgemeinen Vorschrift konkret zu benennen.

Die Aufgabenträger innerhalb des Gebietes eines Verkehrsverbundes oder einer Verkehrsgemeinschaft stimmen die in der allgemeinen Vorschrift benannten Höchsttarife ab.

Die Benennung der Höchsttarife muss alle Zeitfahrausweisarten im Ausbildungsverkehr (Gemeinschafts- und Übergangstarife) sowie – falls vereinzelt vorhanden – bestehende Haustarife von Verkehrsunternehmen erfassen, die im Gebiet des jeweiligen Aufgabenträgers räumlich gelten.

Soweit Unternehmen Haustarife anwenden, ist zu überprüfen, dass die Unternehmen den örtlich geltenden Gemeinschaftstarif im Sinne des § 5 Abs. 3 ÖPNVG NRW zumindest anerkennen. Andernfalls erhalten diese Unternehmen keinen Ausgleich, so dass die Haustarife auch nicht als Höchsttarife in die allgemeine Vorschrift aufzunehmen wären.

Insbesondere regional tätige Verkehrsunternehmen wenden mehrere unterschiedliche Tarife im Ausbildungsverkehr (z. B. aufgrund der Mitgliedschaft in mehreren Verkehrsverbänden oder –gemeinschaften) an. Die Festlegung der Höchsttarife durch den jeweiligen Aufgabenträger muss sich deshalb nicht auf alle Tarife beziehen, die von den im Gebiet des jeweiligen Aufgabenträgers tätigen Verkehrsunternehmen angewendet werden; dies ist wegen des fehlenden räumlichen Bezuges auch nicht möglich. Bei der Berechnung des Ausgleichs werden die anzurechnenden Erträge des jeweiligen Verkehrsunternehmens über den pauschalierten Schlüssel „Wagen-Kilometer“ dem jeweiligen Aufgabenträger zugeordnet. Dabei spielt es für den Ausgleich keine Rolle, dass rechnerisch Erträge dem einen Aufgabenträger zugeordnet werden, die durch die Anwendung eines von einem anderen Aufgabenträger festge-

legten Höchsttarifes entstanden sind. Es kommt lediglich darauf an, dass für sämtliche in die Berechnung einbezogenen Erträge im Ausbildungsverkehr eine Festlegung des Höchsttarifs vom örtlich zuständigen Aufgabenträger erfolgt ist.

### 3. Absenkung der Ausbildungstarife um mehr als 20 %

Weitere Voraussetzung für den Ausgleich ist, dass spätestens ab dem 01.08.2012 die Tarife im Ausbildungsverkehr gegenüber den entsprechenden allgemeinen Zeitfahrausweisen um mehr als 20 % abgesenkt sein müssen. Diese Vorgabe ist in die allgemeine Vorschrift aufzunehmen, um eine Absenkung des Tarifes für allgemeine Zeitfahrausweise ohne gleichzeitige Absenkung der Tarife im Ausbildungsverkehr zu verhindern. Dazu sind in der allgemeinen Vorschrift auch die Referenzen insbesondere dann anzugeben, wenn dynamisch auf die bestehenden Gemeinschafts-, Übergangs- oder im Einzelfall bestehende Haustarife verwiesen wird. Dies bedeutet aber nicht, dass in der Bezugnahme auf den Referenz-Zeitfahrausweis im Regeltarif gleichzeitig eine Höchsttarifsregelung für den Regeltarif liegt.

Wird der Weg über eine konkrete Festlegung der Höchsttarife im Schüler- und Ausbildungsverkehr in der allgemeinen Vorschrift gewählt, muss diese Festlegung die genannte Absenkungsvorgabe einhalten.

Beispiel:

Wenn eine allgemeine Monatskarte 100 € kostet, wäre der Höchsttarif für die entsprechende Monatskarte im Ausbildungsverkehr auf höchstens 79,99 € festzulegen, ohne dass der Preis der allgemeinen Monatskarte in der allgemeinen Vorschrift benannt würde. Würde der Höchsttarif – weil die Monatskarte im Ausbildungsverkehr konkret nur 72 € kostet – trotz des Preises der allgemeinen Monatskarte von 100 € auf 72 € festgelegt, könnte der Preis der allgemeinen Monatskarte ohne Folgen für den Ausgleich auf bis zu 90,01 € abgesenkt werden.

In einem Vermerk sollte die konkrete Zuordnung der Referenzen begründet werden. Sofern – was häufig der Fall ist – die Geltung der jeweiligen Referenz-Zeitfahrausweise voneinander abweichen (z. B. allgemeine Monatskarte zeitlich unbegrenzt, Schülermonatskarte als Schulwegkarte mit zeitlicher Einschränkung aus-

gestaltet), sollte in der Darstellung begründet werden, warum die jeweiligen Referenzen hergestellt und die Voraussetzung der Unterschreitung im konkreten Fall als erfüllt angesehen wird. In solchen Fällen kann fakultativ der Weg beschritten werden, den Höchstarif wegen der begrenzteren Nutzungsmöglichkeit der Zeitfahrausweise des Ausbildungsverkehrs nicht exakt auf 79,99 % des Regeltarif festzulegen, sondern bis zu weiteren 2 % abzusenken. Bei der Frage, welcher allgemeine Zeitfahrausweis als „entsprechend“ i.S.d. § 11a Abs. 2 Satz 3 ÖPNVG NRW zu Grunde gelegt wird, ist zunächst auf den Referenzzeitfahrausweis abzustellen, der dem entsprechenden Schülerzeitfahrausweis am ehesten entspricht. Für die Vergleichbarkeit ist auf eine Gesamtschau mehrere Kriterien wie Gültigkeitsdauer, tariflicher Geltungsbereich, funktionale Vergleichbarkeit und Marktrelevanz abzustellen. Ist ein solcher Zeitfahrausweis nicht eindeutig bestimmbar, steht dem Aufgabenträger unter verschiedenen, in ähnlichem Umfang vergleichbaren Zeitfahrausweisen ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Eine Identität der Anwendungsbereiche ist nicht erforderlich.

Die Zuordnung der Referenzen sollte zwischen allen Aufgabenträgern, in deren Gebiet der jeweilige Tarif gilt, abgestimmt werden. Sofern dies erwünscht ist, kann die Einhaltung der landesrechtlichen Vorgabe der Unterschreitung des Regeltarifs sowie die Zuordnung der Referenzen mit den zuständigen Bezirksregierungen abgestimmt und von diesen bestätigt werden.

#### 4. Kosten

Die Kosten des Ausbildungsverkehrs sind zwar kein unmittelbarer Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlungen an die Verkehrsunternehmen. Die Kosten des Ausbildungsverkehrs sind aber deshalb von erheblicher Bedeutung, weil die Pauschalmittel nach § 11a Abs. 2 Satz 1 ÖPNVG NRW zum Ausgleich der durch Erträge nicht gedeckten Kosten des Ausbildungsverkehrs dienen. Indirekt stellt der Verteilmaßstab der Erträge im Ausbildungsverkehr eine pauschalisierte ex-ante Vermutung für die nicht gedeckten Kosten im Schüler- und Ausbildungsverkehr dar. Ex-post fließen die tatsächlichen Kosten eines Unternehmens in die Überkompensationskontrolle nach dem Anhang zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ein. Da dieser rechtlichen

Begründung lediglich eine Erklärungsfunktion zukommt, muss dies nicht zwingend in den Text der allgemeinen Vorschrift aufgenommen werden.

Im Zusammenhang mit der Ausgleichsgewährung bestimmt Artikel 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, dass eine Überkompensation zu vermeiden ist. Für die Überkompensationskontrolle ist der Anhang zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zu beachten.

Es sollte bereits in diesem Zusammenhang klarstellend in die allgemeine Vorschrift aufgenommen werden, dass kein Anspruch der Verkehrsunternehmen auf vollständige Kompensation der Kosten besteht, die bei der Beförderung von Personen mit Zeitfahrausweisen des Ausbildungsverkehrs entstehen und nicht durch entsprechende Fahrgeldeinnahmen gedeckt werden.

## 5. Erträge

Die Erträge im Ausbildungsverkehr sind sowohl für die Weiterleitung der Pauschalmittel an die Verkehrsunternehmen (§ 11a Abs. 2 Satz 4 ÖPNVG NRW) als auch im Rahmen der Überkompensationsprüfung von Bedeutung.

Für die Weiterleitung der Ausbildungsverkehr-Pauschale nach § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW sind die Erträge der Verteilungsmaßstab. Bei dem Ausgleich handelt es sich aber – wie § 11a Abs. 2 Satz 1 ÖPNVG NRW ausdrücklich klarstellt – um den Ausgleich nicht gedeckter Kosten.

Maßgeblich sind sämtliche Erträge im Ausbildungsverkehr, die die Verkehrsunternehmen im Straßenbahn- und O-Busverkehr, im Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen gemäß §§ 42, 43 Nr. 2 PBefG, im bedarfsorientierten und im grenzüberschreitenden ÖPNV mit Kraftfahrzeugen erzielt haben. Somit sind auch Unternehmen bei der Weiterleitung der Pauschalmittel nach § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW zu berücksichtigen, die ausschließlich Linienverkehre nach § 43 Nr. 2 PBefG durchführen, sofern dort der Gemeinschaftstarif angewendet oder zumindest anerkannt wird. Erträge von Unternehmen aus freigestellten Schülerverkehren sowie über den genehmigten Tarif hi-

nausgehende Zahlungen (anderweitige Zuschüsse von Schulträgern) dürfen nicht Grundlage der Pauschalenweiterleitung sein.

Für die Weiterleitung der Pauschale sind als Maßstab entsprechend der Gesetzesbegründung zu § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW in Verbindung mit Anlage 2b zu den VV-ÖPNVG NRW

- alle Fahrgeldeinnahmen aus dem Verkauf sämtlicher Zeitfahrausweise des Ausbildungsverkehrs aufgrund des festgelegten Höchsttarifes für den festgelegten Personenkreis,
- Erträge aus erhöhten Beförderungsentgelten im Ausbildungsverkehr und
- von den Verkehrsunternehmen vereinnahmte Eigenanteile für Schülertickets gemäß § 97 SchulG NRW

heranzuziehen. Dabei sind nicht die erzielten kassentechnischen Einnahmen, sondern die aufgrund der Einnahmenaufteilung der Verkehrsverbände bzw. –gemeinschaften den Unternehmen zugeordneten („zugeschiedenen“) Einnahmen maßgeblich. Dies ist in der allgemeinen Vorschrift festzulegen. Gleichzeitig sollte in der allgemeinen Vorschrift in Ausfüllung des Artikels 4 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 klargestellt werden, dass die erzielten Erträge den Verkehrsunternehmen zustehen.

## 6. Wagen-Kilometer

Die Erträge von Verkehrsunternehmen, die im Gebiet mehrerer Aufgabenträger tätig sind, müssen zur Bestimmung des Anteils an den Pauschalmitteln dem jeweiligen Aufgabenträger zugeordnet werden. § 11a Abs. 2 Satz 5 ÖPNVG NRW bestimmt, dass für diese Zuordnung allein die im jeweiligen Gebiet im Straßenbahn-, O-Busverkehr sowie im Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen gemäß §§ 42, 43 Nr. 2 PBefG erbrachten Wagen-Kilometer maßgeblich sind. Dabei ist es unerheblich, wenn sich die vom Unternehmen in den jeweiligen Aufgabenträgergebieten durchgeführten Ausbildungsverkehre nicht in demselben Maße auf die jeweiligen Gebiete verteilen. Denn bei der Zuordnung der Ausbildungsverkehr-Pauschale vom Land zu den Aufgabenträgern wurden solche Besonderheiten ebenfalls nicht berücksichtigt, sondern die Mittel ebenfalls über den Schlüssel „Wagen-Kilometer“ zugeordnet. Soweit dies

für erforderlich gehalten wird, können darüber hinaus auch die im grenzüberschreitenden ÖPNV mit Kraftfahrzeugen nach den einschlägigen europarechtlichen Bestimmungen und im bedarfsorientierten Verkehr erbrachten Wagen-Kilometer in die Berechnung einbezogen werden. Hierbei sollen sich die Aufgabenträger auf eine einheitliche Vorgehensweise in Bezug auf das jeweilige Unternehmen verständigen.

Die Wagen-Kilometer sind die von den jeweiligen Unternehmen im jeweiligen Jahr tatsächlich erbrachten fahrplanmäßigen Betriebsleistungen. Dabei sind weder kapazitäts- noch qualitätsbezogene Gewichtungen vorzunehmen. Auf die das Verfahren verkomplizierende Gewichtung kann deshalb verzichtet werden, weil es bei der Verwendung dieses Schlüssels um eine Zuordnung von Unternehmenserträgen zum jeweiligen Aufgabenträgergebiet, aber nicht um einen Vergleich von Werten zwischen den Unternehmen oder um eine landesweite Mittelaufteilung geht. So hat eine Verdopplung der Wagen-Kilometer bei Doppeltraktionen von Stadtbahnen bei einem rein örtlich tätigen Verkehrsunternehmen gar keine und bei überörtlich tätigen Verkehrsunternehmen nur begrenzte Auswirkungen auf den Anteil an den Pauschalmitteln von dieser Stadt. Die Wagen-Kilometerleistungen von Stadtbahnen in Doppeltraktion können dennoch bei der Ermittlung der für die Zuordnung zu den Aufgabenträgern relevanten Wagen-Kilometern verdoppelt werden, weil sie bei der Zuordnung der Ausbildungsverkehr-Pauschale vom Land zu den Aufgabenträgern ebenfalls verdoppelt wurden.

## 7. Höhe des Ausgleichs

Die durch § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW vorgegebene Methode zur Berechnung der Ausgleichszahlungen an die Verkehrsunternehmen ist in der allgemeinen Vorschrift zu regeln. Ebenso ist in der allgemeinen Vorschrift der Anteil an der Ausbildungsverkehr-Pauschale festzulegen, der nach § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW weitergeleitet wird; dieser muss nach § 11a Abs. 2 Satz 1 ÖPNVG NRW mindestens 87,5 % betragen.

Für die Berechnung sind im ersten Schritt die Erträge (Ziffer III. 5) der Verkehrsunternehmen über den Schlüssel „Wagen-Kilometer“ (Ziffer III. 6) dem jeweiligen Aufgabenträgergebiet zuzuordnen. Wenn ein Unternehmen Gesamterträge im Ausbil-

dungsverkehr von 6 Mio. € hat und jeweils 50 % seiner Wagen-Kilometer in den Städten A und B erbringt, sind jeweils 3 Mio. € den beiden Städten zuzuordnen.

Im zweiten Schritt sind die auf das Gebiet des jeweiligen Aufgabenträgers entfallenden Erträge der Verkehrsunternehmen zu addieren und die Anteile der Verkehrsunternehmen an der Summe der Erträge zu ermitteln.

Beispiel:

Im Gebiet der Stadt A verkehren die Unternehmen U, V und W. Vom Unternehmen U sind 3 Mio. € Erträge dem Stadtgebiet A zuzurechnen, vom Unternehmen V 2 Mio. € und vom Unternehmen W 5 Mio. €. Dann betragen die Anteile, die die Unternehmen an dem Pauschalbetrag erhalten, für das Unternehmen U 30 %, für das Unternehmen V 20 % und für das Unternehmen W 50 %.

Im dritten Schritt werden die Anteile der Verkehrsunternehmen mit dem Anteil der Ausbildungsverkehr-Pauschale, den der Aufgabenträger nach § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW weiterleitet, multipliziert. Das Ergebnis sind die nach § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW weiterzuleitenden Pauschalenanteile.

Beispiel:

Die Stadt A hat eine Ausbildungsverkehr-Pauschale von insgesamt 1 Mio. € erhalten. Sie hat sich entschieden, nur den Mindestumfang von 87,5 % der Ausbildungsverkehr-Pauschale nach § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW weiterzuleiten. Damit sind 875.000 € auf die Unternehmen aufzuteilen. Von diesen Mitteln würde nach dem obigen Beispiel das Unternehmen U 262.500 € (30 %), Das Unternehmen V 175.000 € (20 %) und das Unternehmen W 437.500 € (50 %) erhalten.

Sofern die Überkompensationsprüfung (Ziffer III. 9) eine Überkompensation eines Unternehmens ergibt, sind die zu viel geleisteten Pauschalmittel zurückzufordern. Hat ein beteiligter Aufgabenträger mehr als 87,5 % seiner Ausbildungsverkehr-Pauschale nach den Vorgaben des § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW an das betreffende Unternehmen weitergeleitet, ist vorrangig die über den 87,5%-Anteil hinausgehende Überzahlung an den betreffenden Aufgabenträger zu erstatten; die danach verbleibende Überzahlung ist im Verhältnis der danach verbliebenen Anteile der Aufgabenträger an den weitergeleiteten Pauschalmitteln an die Aufgabenträger zu erstatten.

Sofern der Aufgabenträger nur den Mindestanteil von 87,5 % der Ausbildungsverkehr-Pauschale nach § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW weitergeleitet hat, sind die vom Unternehmen zurückgezahlten Beträge entsprechend dem Anteil an den gewährten Pauschalmitteln auf die übrigen Unternehmen zu verteilen. In jedem Fall ist sicherzustellen, dass 87,5 % der Ausbildungsverkehr-Pauschale nach den Vorgaben des § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW weitergeleitet werden; andernfalls wären die vom überkompensierten Unternehmen zurückgezahlten Beträge an das Land zu erstatten.

Beispiel:

Das Unternehmen U hat nach dem obigen Beispiel von der Stadt A 262.500 € (30 % des 87,5%-Anteils an der Ausbildungsverkehr-Pauschale der Stadt A) erhalten. Von der Stadt B hat das Unternehmen U Pauschalmittel in Höhe von 600.000 € erhalten; die Stadt B hat jedoch die vollständige Ausbildungsverkehr-Pauschale nach den Vorgaben des § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW an die Unternehmen weitergeleitet. Bei der Überkompensationsprüfung hat sich eine Überzahlung in Höhe von 96.000 € ergeben.

Da die Stadt B ihre Ausbildungsverkehr-Pauschale im vollen Umfang nach § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW weitergeleitet hatte, sind vorrangig 12,5 % der 600.000 €, also 75.000 €, an die Stadt B zurückzuzahlen; die danach von der Stadt B geleisteten Pauschalmittel betragen noch 525.000 €. Die verbleibende Überzahlung von (96.000 €  $\cdot$  75.000 € =) 21.000 € ist im Verhältnis 262.500 €:525.000 € (also 1:2) an die Städte A und B zu erstatten. An die Stadt A sind somit 7.000 € zurückzuzahlen. Diese 7.000 € sind an die Unternehmen V und W im Verhältnis 2:5 (V hat 20 % Anteil an den Pauschalmitteln der Stadt A, W 50 %) nachzuzahlen; somit erhält das Unternehmen V 2.000 € und das Unternehmen W 5.000 € der nachbewilligten Mittel. Soll keine Nachbewilligung erfolgen, wären die 7.000 € an das Land zurückzuzahlen, da die Stadt A im Beispiel nur den Mindestanteil von 87,5 % an der Ausbildungsverkehr-Pauschale nach den Vorgaben des § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW weitergeleitet hatte. Die Stadt B kann die zurück erhaltenen Mittel innerhalb der Zweckbindung des § 11a Abs. 3 wieder einsetzen. Dies gilt auch für den Anteil aus den 87,5 %-Mitteln in Höhe von 14.000 €, wenn die den 87,5 %-Anteil übersteigenden Zahlungen der Stadt B an die übrigen Unternehmen den zurückgezahlten Betrag übersteigen.

Nach § 11a Abs. 5 ÖPNVG NRW dürfen nicht verausgabte oder zurück erhaltene Mittel bis zu sechs Monaten nach Ablauf des Kalenderjahres für den nach § 11a Abs.

2 und 3 ÖPNVG NRW näher bestimmten Zweck verwendet werden. Dies betrifft auch zurück geforderte Mittel aufgrund einer Überkompensation nach dem Anhang zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (vgl. unter Ziff. 9). Beispielsweise dürfen im Jahr 2014 zurück erhaltene Mittel unabhängig davon, in welchem Jahr diese Mittel ursprünglich verausgabt wurden, bis zum 30.06.2015 eingesetzt werden.

## 8. Antrags- und Bewilligungsverfahren

In der allgemeinen Vorschrift sind Form und Frist der Anträge sowie die Einzelheiten zur Form der Bewilligung sowie die Auszahlungstermine und das Nachweisverfahren zu regeln.

Für das Antragsverfahren wird empfohlen, möglichst einheitliche Antragsformulare zu entwickeln und zwischen den Aufgabenträgern abzustimmen. Die Unternehmen sollten im Rahmen ihres Antrages aufgefordert werden, die Höhe und Zuordnung der Gesamterträge zu den jeweiligen Aufgabenträgern (Ziffern III. 5 und III. 6) selbst zu errechnen.

Da die Erträge und die für die Zuordnung zum jeweiligen Aufgabenträger maßgeblichen Wagen-Kilometer im jeweils laufenden Kalenderjahr noch nicht feststehen können, ist eine Gewährung der Pauschale aufgrund von Einnahme- und Betriebsleistungsprognosen über Teilzahlungen im laufenden und eine Schlusszahlung im Folgejahr in der allgemeinen Vorschrift zu regeln. Die Einnahmeprogno­se soll für die Gemeinschafts- und Übergangstarife von den jeweiligen Verkehrsverbänden und –gemeinschaften erstellt und zur Grundlage der Vorauszahlungsgewährung gemacht werden. Für Haustarife kann die Prognose nur vom Unternehmen erstellt werden. Die Einnahmeprogno­se kann unter Heranziehung der Einnahmen eines vorgehenden Bezugsjahres (i.d.R. des Vorjahres, ggf. des Vorvorjahres) erfolgen, zugleich sollten aber zukünftig absehbare bedeutende Einnahmeveränderungen, insbesondere auf Grund von Leistungsveränderungen, bei der Prognose berücksichtigt werden. Die Basis für die Prognoseberechnung sollte bereits in die allgemeine Vorschrift mit aufgenommen werden.

Das Zuwendungsverhältnis zwischen Aufgabenträger und Unternehmen sollte durch einen Zuwendungsbescheid des Aufgabenträgers ausgestaltet werden; denkbar ist auch ein öffentlich-rechtlicher Zuwendungsvertrag, der aber gewisse verwaltungsrechtliche und steuerrechtliche Risiken bergen kann. Die gewählte Form für das Zuwendungsverhältnis sollte in die allgemeine Vorschrift aufgenommen werden. Der Zuwendungsbescheid sollte vor der (oder zusammen mit der) Auszahlung erlassen werden. Der Zuwendungsbescheid sollte mit Nebenbestimmungen, insbesondere Auflagen, zur rechtssicheren Durchsetzung wesentlicher Vorgaben aus der allgemeinen Vorschrift versehen werden.

Zu empfehlen sind dabei mindestens folgende Nebenbestimmungen:

- Die Verpflichtung zur Anwendung der in der allgemeinen Vorschrift vorgesehenen Höchstarife im Ausbildungsverkehr.
- Die Vorgabe der Anwendung des Auszahlungsverfahrens mit zwei Teilzahlungen und abschließender Schlussrechnung mit Schlusszahlung (falls das u.g. alternative Auszahlungsschema gewählt wird: die Regelung eines Vorbehaltes für eine nachträgliche Korrekturabrechnung.).
- Die Verpflichtung zur Vorlage von Testaten nach Maßgabe der entsprechenden Bestimmung der allgemeinen Vorschrift über die Schlussabrechnung (wenn ein Verfahren über Testate vorgesehen wird) und über die Überkompensationskontrolle nach dem in der allgemeinen Vorschrift vorgesehenen Nachweisverfahren.
- Die Anordnung der Verbindlichkeit von Berechnungsregelungen in der allgemeinen Vorschrift zur Überkompensationskontrolle.
- Den Vorbehalt der Rückforderung überzahlter Beträge im Falle einer Überkompensation.

Vor dem Hintergrund der Zahlungstermine für die Mittel vom Land an die Aufgabenträger (am 01.05. 70 %, am 01.10. 30 %) wird empfohlen, folgenden zeitlichen und zahlungstechnischen Ablauf in der allgemeinen Vorschrift festzulegen:

Antragstellung Teilzahlungen (mit Prognose)	31.12. des Vorjahres
--	-------------------------

Zahlung 1. Teilzahlung (70 % des Anteils aufgrund Prognose)	15.05.
Zahlung 2. Teilzahlung (20 % des Anteils aufgrund Prognose)	15.10.
Antragstellung Schlussabrechnung und Schlusszahlung:	01.04. des 2. Folgejahres
Bewilligung und Schlussabrechnung mit Schlusszahlung	bis 15.05. des 2. Folgejahres

Alternativ ist auch folgendes Auszahlungsschema möglich: 1. Vorauszahlung (70% des Anteils aufgrund der Prognose) am 15.05, 2. Vorauszahlung (20% des Anteils aufgrund der Prognose) am 15.10, 3. Vorauszahlung (verbliebener Rest) – ggf. unter Vorlage einer selbstschuldnerischen Bankbürgschaft oder einer vergleichbaren Gewährleistung einer Ausfallsicherheit (z.B. durch Pfandrecht, Einzahlung auf ein Anderkonto etc.) – am 15.05 des Folgejahres sowie einer Schlussabrechnung mit Bescheid über Mehr-/Minderzahlungen nach späterem Vorliegen der Einnahmenaufteilung durch Verbände.

Vor dem Hintergrund, dass die allgemeine Vorschrift erstmalig erlassen werden muss, können sich die Termine für die förmliche Antragsstellung und die Auszahlung der ersten Vorauszahlungsrates im Jahr 2011 verzögern.

Die Unternehmen sollten in der allgemeinen Vorschrift aufgefordert werden, mit dem Antrag auf Schlussabrechnung die Erträge mittels Vorlage der Zuscheidungen der betreffenden Verkehrsverbände und/oder –gemeinschaften nachzuweisen und die Erträge aus erhöhtem Beförderungsentgelten im Ausbildungsverkehr – falls diese nicht ebenfalls Gegenstand der Zuscheidungen sind – sowie die Erträge aus der Anwendung von Haustarifen durch ein Testat eines Wirtschaftsprüfers, eines Steuerberaters oder einer anderen geeigneten Person nachweisen zu lassen.

Ebenfalls sollte in der allgemeinen Vorschrift bestimmt werden, dass nach dem Ablauf der Antragsfrist (01.04. des 2. Folgejahres – also 01.04. 2013 für das Jahr 2011) eintretende Veränderungen in der Zuscheidung, die seitens der Verkehrsverbände

und –gemeinschaften möglichst vermieden werden sollten, keine Auswirkungen auf die Mittelgewährung haben (Präklusionsregelung). Dies ermöglicht eine Zuscheidung innerhalb einer angemessenen Frist, aber auch eine nur einmalige Schlussabrechnung seitens der Aufgabenträger.

Es sollte ausdrücklich in die allgemeine Vorschrift aufgenommen werden, dass eine Verzinsung von auf Grund der Einnahmeprognosen an die Verkehrsunternehmen über- oder unterzahlten Beträgen bis zum Zeitpunkt der Schlussabrechnung nicht stattfindet.

Es besteht die Option, dass alle Aufgabenträger, die Pauschalmittel nach § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW an ein Unternehmen weiterleiten, sich auf einen Aufgabenträger als Federführer für die Antrags- und Überkompensationsprüfung des jeweiligen Unternehmens verständigen. Dies war in der Vergangenheit bei der Abwicklung der ÖPNV-Fahrzeugförderung ein häufiges Verfahren.

Die Unternehmen sollten in der allgemeinen Vorschrift aufgefordert werden, dem Aufgabenträger bis zum 01.08. des Folgejahres eine Übersicht über alle nach § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW erhaltenen Pauschalmittel und ein Testat über die Vereinbarkeit der nach § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW erhaltenen Pauschalmittel mit dem Anhang zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (Ziffer III. 9) nach Maßgabe der Berechnungsregelungen zur allgemeinen Vorschrift vorzulegen. Sofern dies für erforderlich gehalten wird, können weitere Überprüfungen vorgenommen werden.

Die Zahlungen sind im jährlichen Gesamtbericht der Aufgabenträger nach Artikel 7 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zu veröffentlichen.

## 9. Überkompensationsprüfung

Die Überkompensationsprüfung richtet sich nach Artikel 6 Abs. 1 in Verbindung mit dem Anhang zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Die Überkompensationsprüfung ist in dieser Form neu im Europarecht geregelt. Es wird empfohlen, die „Berechnungsregelung“ zur Umsetzung der Überkompensationskontrolle in einer Anlage zur allgemeinen Vorschrift zu regeln.

Die Vereinbarkeit der erhaltenen Pauschalmittel mit dem Anhang zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 kann von einem Wirtschaftsprüfer anstelle der Vorlage der Unterlagen bescheinigt werden. Da die Verordnung jedoch implizit eine Prüfungskompetenz der zuständigen Behörde voraussetzt, sollte die Wahl so erfolgen, dass die Prüfung durch den Wirtschaftsprüfer als Überprüfung der zuständigen Behörde i.S.d. Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 angesehen werden kann. Um dies zu gewährleisten kann sich der Aufgabenträger vorbehalten, dass der Wirtschaftsprüfer im Einvernehmen mit ihm ausgewählt wird. Möglich ist auch, dass der Prüfungsauftrag an den Wirtschaftsprüfer im Einvernehmen mit dem Aufgabenträger formuliert wird. Als dritte Möglichkeit kann der Aufgabenträger auch selbst einen Wirtschaftsprüfer beauftragen, was aber dann kostenmäßig zu seinen Lasten gehen würde. Ein so erstelltes Testat sollte als ausreichend im Sinne der Verordnung angesehen werden können. Zudem kann dem Aufgabenträger das Recht vorbehalten werden, bei vorliegenden Zweifeln, die dem Testat des Wirtschaftsprüfers zu Grunde liegenden Geschäftsunterlagen und Belege von den Verkehrsunternehmen anzufordern und einzusehen. Die Vertraulichkeit ist dabei von den prüfenden Personen entsprechend der Verschwiegenheitspflichten eines Wirtschaftsprüfers zu gewährleisten.

Zur Überprüfung der Überkompensation sind nach derzeitigem Auslegungsstand zur Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zwei Wege denkbar. Zum einen können isoliert alle Kosten und Erträge eines Unternehmens im Zusammenhang mit dem Ausbildungsverkehr ermittelt und betrachtet werden (Einzelbetrachtungsmodell). Dabei sind auch positive Effekte, die aus der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung „Anwendung von Höchsttarifen“ entstehen, zu berücksichtigen und der sog. „Nettoeffekt“ aus der Maßnahme zu ermitteln. Zum anderen können jedoch auch sämtliche Ausgleichsleistungen zur Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung, die der jeweilige Aufgabenträger gewährt, in ihrer Gesamtheit betrachtet werden (Gesamtbetrachtungsmodell). In diesem Falle sind alle Kosten und Erträge eines Unternehmens, die in Zusammenhang mit einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung, für deren Erfüllung der Aufgabenträger eine Ausgleichsleistung gewährt, in Summe zu ermitteln und zur Gesamtbetrachtung einer möglichen Überkompensation heranzuziehen. Dabei sind ebenfalls auch positive Effekte, die aus jeder dieser gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen

tung entstehen, zu berücksichtigen und der sog. „Nettoeffekt“ aller gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zu ermitteln.

Die Ermittlung der Kosten des Ausbildungsverkehrs innerhalb des ÖPNV erfordert nach Ziffer 5 des Anhangs zur Verordnung eine Trennungsrechnung und damit eine Abgrenzung des Ausbildungsverkehrs vom übrigen ÖPNV. Da bei den Fahrten sowohl Auszubildende als auch die übrigen Fahrgäste gleichzeitig befördert werden, sind bei Wahl des Einzelbetrachtungsmodells geeignete Methoden zur Aufteilung der Kosten von den Verkehrsunternehmen zu entwickeln. Beim Gesamtbetrachtungsmodell sollte es in der Regel ausreichen, Kosten aus der ÖPNV-Sparte von den Kosten anderer Sparten des Unternehmens (zB Energieversorgung, Wasser etc.) getrennt zu berechnen.

Anhaltspunkt für die Kostenermittlung und Aufteilung der Kosten kann die Anlage zu § 2 PBefAusglV (Muster des Datenerhebungsbogens zur Kostensatzermittlung) sein. Möglich ist auch eine Kostenermittlung, die unmittelbar an den in Artikel 4 Abs. 1 lit. c) der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 genannten Kostenarten Personalkosten, Energiekosten, Infrastrukturkosten, Wartungs- und Instandsetzungskosten für Fahrzeuge des öffentlichen Personenverkehrs, das Rollmaterial, für den Betrieb der Personenverkehrsdienste erforderliche Anlagen sowie die Fixkosten ausgerichtet ist. Bei der Kostenermittlung sind in jedem Fall kostenrelevante zweckgerichtete öffentliche Zuschüsse, z.B. investive Zuschüsse aus Mitteln nach § 11 Abs. 2 ÖPNVG NRW, kostenmindernd zu berücksichtigen.

Eine Kostenaufteilung könnte nach folgenden Parametern durchgeführt werden:

- Kosten einschließlich Personalkosten, die sich eindeutig einer bestimmten Tätigkeit zuordnen lassen, sind dieser Tätigkeit zuzuschreiben.
- Übergeordnete Kosten, die im Zusammenhang mit Personalführung und Personalverwaltung entstehen, sollen nach Maßstab der Beschäftigtenzahl in Vollzeitäquivalenten den Tätigkeitsbereichen zugeordnet werden.
- Maßstab für die Aufteilung von sonstigen Kosten sollten das Verhältnis der Erträge der jeweiligen Bereiche des Unternehmens sein; soweit eine Aufteilung von Kosten im ÖPNV-Sektor erforderlich ist (insb. bei Wahl des Einzelbetrach-

tungsmodell), sollte primär der Maßstab der Beförderungsfälle als Aufteilungskriterium gewählt werden.

Sollte eine Zuordnung der Kosten zum jeweiligen Aufgabenträger für erforderlich gehalten werden (insbesondere bei fehlender Einigung auf einen Federführer), sollte diese Zuordnung nach dem Schlüssel „Wagen-Kilometer“ vorgenommen werden, weil die Zuordnung der Erträge im Ausbildungsverkehr zur Bestimmung des Anteils des Unternehmens an den Pauschalmitteln ebenfalls über diesen Schlüssel erfolgt.

Neben den unter III. 5 näher beschriebenen Erträgen sind ggfs. weitere Erträge im Zusammenhang mit dem Ausbildungsverkehr in die Vergleichsbetrachtung einzubeziehen.

Sowohl die Kosten als auch die Erträge sind im Rahmen der Überkompensationsprüfung jeweils ohne Umsatzsteuer in die Betrachtung einzubeziehen. Bei der Ermittlung des Nettoeffekts sind neben den Kosten und Erträgen auch Prognoseberechnungen anzustellen, inwieweit sich die Höchsttarife für die Zeitfahrausweise des Ausbildungsverkehrs und besondere Tarifangebote wie Schüler- und Semesterticket auf das Nutzungsverhalten der Fahrgäste (z. B. Nutzung des ÖPNV auch nach Abschluss der Schule bzw. Ausbildung) auswirken. Aufgrund der Betrachtung der Gesamtkosten und Gesamteinnahmen des Ausbildungsverkehrs (und nicht von Ertragsdifferenzen) beim Ausgleich wird eine „als ob-Betrachtung“ (Ziffer 2 Satz 2 des Anhangs zur Verordnung) in diesem Bereich nicht für erforderlich gehalten. Sie erscheint auch nicht zutreffend, da Auszubildende ohnehin weitgehend auf die Beförderung im ÖPNV angewiesen sind und die Höchsttarifsregelung hauptsächlich soziale Gründe hat; wenn dennoch eine solche Betrachtung angestellt würde, wäre dieser Umstand entsprechend zu berücksichtigen.

Zur Beurteilung eines „angemessenen Gewinns“ ist Ziffer 6 des Anhangs zur Verordnung zu beachten. Aus Gründen der Gleichbehandlung und einer Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen sollte jedoch eine handhabbare Vorgabe gemacht werden. Hierbei kann rechtstechnisch mit einer widerlegbaren Vermutung eines angemessenen durchschnittlichen Gewinns gearbeitet werden, der den Unternehmen aber die Möglichkeit des Nachweises des Gegenteils belässt.

Bei der Ermittlung des zulässigen angemessenen Gewinns kommt der innerstaatlichen zuständigen Behörde ein gewisser Spielraum bei der Ausgestaltung der sog. Überkompensationskontrolle zu; dies gilt neben der Höhe des angemessenen Gewinns auch für den Bezugsmaßstab. Denkbar wäre ein Abstellen auf eine angemessene Eigenkapitalrendite, eine angemessene Gesamtkapitalrendite oder eine angemessene Umsatzrendite. Wegen der sehr unterschiedlichen, historisch gewachsenen Eigenkapitalausstattungen der Verkehrsunternehmen und der fahrpreisabhängigen Umsatzerlöse ist ein Abstellen auf eine angemessene Gesamtkapitalrendite als der sachgerechteste Weg anzusehen. Bei der Ermittlung der Höhe eines üblichen, angemessenen Gewinns kann auf die kürzlich ergangene Kommissionsentscheidung Danske Statsbaner (Aktenzeichen der EU-Kommission K(2010), 975) abgestellt werden, die von einer zulässigen Eigenkapitalrendite im Grundsatz von 6% ausgeht (Rdnr. 352 der Entsch. K(2010), 975) und unter Berücksichtigung von effizienzsteigernden/qualitätsverbessernden Vorgaben auch eine durchschnittliche Eigenkapitalrendite von 10% anerkennt (vgl. Rdnr. 358 der Entsch. K(2010), 975). Unterstellt man eine branchenübliche Eigenkapitalquote von 60%, ergibt sich daraus eine angemessene Gesamtkapitalrendite von 3,6 % im Normalfall und bis zu 6% im Durchschnitt unter Berücksichtigung von Vorgaben zu Effizienzsteigerungen und/oder zur Verbesserungen der Qualität (vgl. Rdnr. 358 der Entsch. K(2010), 975). Da letztgenannte Vorgaben bei Ausgleichsleistungen nach § 11a ÖPNVG NRW – anders als im Fall Danske Statsbaner (vgl. Rdnr. 358 der Entsch. K(2010), 975) – regelmäßig nicht bzw. nicht in dem entsprechenden Umfang als Anreizkomponente zur Anwendung kommen, kann davon ausgegangen werden, dass derzeit die angemessene Gesamtkapitalrendite in Höhe von etwa 5% liegt. Dieser Wert kann bei Änderungen des Zinsniveaus oder bei Änderungen der Marktgegebenheiten im ÖPNV Sektor einer Anpassungsnotwendigkeit unterliegen. Zudem ist bei einem Modell einer Gesamtkapitalrendite, die – wie bei der o.g. Herleitung – nicht explizit Fremdkapitalzinsen bei der Herleitung einer angemessenen Rendite mit einrechnet, zu beachten, dass die Fremdkapitalkosten ein berücksichtigungsfähiger Kostenbestandteil sind.

Es sollte als angemessener Gewinn im ÖPNV Sektor von einer widerlegbaren Vermutung einer Gesamtkapitalrendite in Höhe von etwa 5% ausgegangen werden. Verkehrliche und wirtschaftliche Spezifika können im Einzelfall eine höhere ange-

messene Rendite rechtfertigen (Ziffer 6 des Anhangs zur Verordnung). Die zulässige Rendite sollte bei Personengesellschaften um den Anteil eines angemessenen Unternehmerlohns erhöht werden. Die Widerlegung der Vermutung kann durch Vorlage von nachvollziehbaren Belegen über höhere sektorspezifische marktübliche Renditen im ÖPNV geführt werden (z. B. durch Wirtschaftsprüfer, Beibringung umfassender Marktanalysen, sonstige Gutachter etc., aber in jedem Fall unter Heranziehung von Vergleichszahlen).

Die Verbände des Verkehrsgewerbes (VDV / NWO) halten eine höhere Rendite für angemessen. So seien in der Entscheidung Südmähren (Aktenzeichen der EU-Kommission K(2008), 7032), die den Omnibusbereich betraf, eine Kapitalrendite von 12,5 % als angemessen anerkannt worden.

*Hinweis kommunale Spitzenverbände:* Aus Sicht der kommunalen Spitzenverbände sind die Rahmenbedingungen dieser Entscheidung nicht mit der verkehrswirtschaftlichen Lage unter dem ÖPNVG NRW vergleichbar.

In Bezug auf den nach Ziffer 7 des Anhangs geforderten Anreiz kann festgestellt werden, dass das System der Weiterleitung der Ausbildungsverkehr-Pauschale nach § 11a Abs. 2 ÖPNVG NRW diese Anreizfunktion in wirtschaftlicher Hinsicht erfüllt: Denn der Ausgleich wird zwar zu den Kosten des Ausbildungsverkehrs gewährt; die konkrete Höhe der Pauschalmittel ist aber nicht abhängig von den individuellen Kosten des einzelnen Unternehmens. Damit wird der geforderte Anreiz zur Kostensenkung gegeben. Die im Rahmen eines qualitativen Anreizsystems maßgeblichen Qualitätsanforderungen an den Ausbildungsverkehr können durch entsprechende Vorgaben im Nahverkehrsplan gesichert werden, die mit einer angemessenen Malusregelung auf den Nettoeffekt (Obergrenze für Ausgleichsleistungen) bei Unterschreitung dieser Vorgaben versehen werden können.