

KRITISCHE BEURTEILUNG DER NEUGESTALTUNG DES RECHTSRAHMENS FÜR DEN ÖPNRV (KfLG UND ÖPNRV-G-NOVELLE)

VORTRAG, GEHALTEN AM 22.9.2006 VOR DEM ARBEITSKREIS FÜR VERKEHRSRECHT
UNTER DEM VORSITZ VON PROF. STOLZLECHNER

Arno Kahl

ABSTRACT

Die für den straßengebundenen ÖPNRV in Österreich in Geltung stehenden Gesetze stammen aus dem Jahr 2000. In der Literatur wurden von Beginn an beihilfe- und vergaberechtliche Bedenken gegen verschiedene Regelungen der Gesetze, des KfLG und des ÖPNRV-G, vorgebracht.

Im Gefolge eines im Jahr 2002 zwischen dem Verkehrsverbund Tirol und dem Postbus abgeschlossenen Verkehrsvertrags äußerte die Kommission vergaberechtliche Bedenken. Als Reaktion auf das Kommissionsschreiben änderte Österreich bestimmte Regelungen im KfLG. Der folgende, zT stichwortartig wiedergegebene, Vortrag beschäftigt sich kritisch mit der einschlägigen Novelle des KfLG.

Die ursprüngliche Themenstellung umfasste die Novellierung des KfLG und des ÖPNRV-G, also die Neugestaltung des nationalen Rechtsrahmens betreffend den öffentlichen Personennah- und -regionalverkehr (ÖPNRV). Das ÖPNRV-G ist allerdings noch nicht beschlossen. Es ist auf Grund der derzeit stattfindenden hochpolitischen Verhandlungen über die Verlängerung der Zuständigkeiten im ÖPNRV, gekoppelt mit der Frage nach dessen künftiger Finanzierung, fraglich, ob und wann es zu einer Beschlussfassung kommen wird (bevorstehende NR-Wahlen!).

Nicht Gegenstand der folgenden Ausführungen sind auch die auf europäischer Ebene immer noch im Gang befindlichen Bemühungen um eine Neufassung der VO 1191/69/EWG.

Seit meinem letzten in diesem Rahmen gehaltenen Vortrag wurden zum KfLG mehrere Novellen erlassen:

1. BGBl I 2002/77: nicht einschlägig, weil lediglich einige legistische "Schlampigkeiten" beseitigt und Ministerbezeichnungen geändert wurden.
2. BGBl I 2003/62: auch nicht einschlägig. Es handelt sich um die „lex Postbus“.

3. BGBl I 2004/151: auch nicht bedeutend, weil es sich um eine Novelle im Rahmen der SPG-Novelle 2005 handelt.
4. Die einschlägige Novelle ist jene, die in **BGBl I 2006/12** veröffentlicht wurde. Sie hat ihren Grund in gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, die sich in jüngerer Zeit ergeben haben.

Im Folgenden werden lediglich ausgewählte Punkte behandelt. Dabei werde ich mich auf jene Aspekte konzentrieren, die mit der „Reform des ÖPNRV“ im nationalen Recht zusammenhängen.

1. VORBEMERKUNGEN IN ANKNÜPFUNG AN MEIN REFERAT ZUR RECHTSLAGE VOR DEN NOVELLIERUNGEN

In Anknüpfung an mein letztes zum ÖPNRV in diesem Kreis gehaltenes Referat seien folgende Bestimmungen in Erinnerung gerufen:

Eigenwirtschaftlichkeit/Gemeinwirtschaftlichkeit (ÖPNRV-G)

§ 3 (1) [...]

(2) Eigenwirtschaftliche Verkehrsdienste sind solche, deren Kosten ausschließlich aus Tariferlösen gedeckt werden. Unter Tariferlösen sind auch verbundbedingte Fahrpreisersätze und Fahrpreisersätze zur Gewährung von Sondertarifen für bestimmte Fahrgastgruppen sowie zum Ersatz von Fahrpreisen auf Basis sonstiger Verträge zu verstehen (Anm: Tarifs Substitute!).

(3) Gemeinwirtschaftliche Verkehrsdienste sind solche, deren Kosten nicht allein aus Tariferlösen gedeckt werden können und zur Aufrechterhaltung dieses Verkehrsdienstes eines Finanzierungsbeitrages durch Bund, Länder, Gemeinden oder durch Dritte bedürfen.

Bereichsausnahme

§ 6 (1) Auf Unternehmen, die vom Anwendungsbereich der Verordnung 1191/69 ausgenommen sind (Stadt- und Vorortverkehr), sind die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes über den Abschluß von Verkehrsdienstverträgen (Bestellungen) nicht anzuwenden.

Die Folgen für den Marktzugang

Es kommt zu einer „doppelten Differenzierung“ in Bezug auf die Anwendung der VO 1191 und in der Folge auch des Vergaberechts: Nur auf gemeinwirtschaftliche Verkehre und nur außerhalb der Bereichsausnahme, also auf Regionalverkehre, wobei zu beachten ist, dass in Österreich Stadt- und Vorortverkehr traditionell freiwillig iSv „automatisch“ und daher ohne förmliches behördliches Zutun erbracht wurden.

Das Erfordernis der Schaffung eines Übergangsrechtsrahmens auf dem Weg zum Wettbewerb im ÖPNRV hat der Gesetzgeber mithin nur für den Bereich der gemeinwirtschaftlichen Regionalverkehrsdienste angestrebt (Dazu näher *Kahl*, Der öffentliche Personennahverkehr auf dem Weg zum Wettbewerb [2005] 419 ff).

Im Mittelpunkt des Marktzugangssystems stehen seit jeher die §§ 23, 29, 30 und 15 KfIG. Hier hat sich die Reform des ÖPNRV aus inhaltlicher Sicht in der Novelle aus dem heurigen Jahr vor allem abgespielt.

Die Vorgehensweise wird sich wie folgt darstellen: Zunächst wird kurz und stichwortartig auf die alte Rechtslage eingegangen, danach erfolgt die kritische Darstellung der neuen Rechtslage.

2. § 23 KFLG

Bestellung zusätzlicher Kurse (§ 23 Abs 1 alt)

§ 23 (1) Werden beim Konzessionsinhaber oder bei einer Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft über das vorgesehene Fahrplanangebot einer Kraftfahrlinie hinaus Kurse zu einem wirtschaftlich zumutbaren Entgelt bestellt, und ist der Konzessionsinhaber der Kraftfahrlinie, auf der diese Kurse geführt werden sollen, nicht bereit, diese Bestellfahrten auszuführen, so kann der Besteller [...] diese Fahrten ausschreiben und einen geeigneten Personenkraftverkehrsunternehmer für den gemeinwirtschaftlichen Betrieb namhaft machen, den der Konzessionsinhaber sodann mit der Durchführung dieser Kurse zu beauftragen hat (§ 22 Abs. 3).

Im Rahmen des § 23 Abs 1 KfIG kann es immer nur zu Bestellungen einzelner zusätzlicher Kurse auf einer bereits konzessionierten Linie kommen. Eine Grundlage für umfassende Ausschreibungen bildet diese Gesetzesstelle mithin nicht. Zumal nur die Möglichkeit der Ausschreibung normiert ist.

Entgegen seiner Abs 2 bis 5 findet Abs 1 nicht nur auf Unternehmen Anwendung, die der VO 1191/69/EWG unterfallen, sondern auf alle Unternehmen.

Der Vertrag ist im Fall des § 23 Abs 1 zwischen dem Besteller und dem Konzessionsinhaber abzuschließen, wobei der Konzessionsinhaber verpflichtet ist, den Bestbieter mit der Führung der Kurse zu beauftragen.

Nicht geregelt ist freilich der Fall, dass sich der Konzessionsinhaber weigert, eine Beauftragung des Ausschreibungsgewinners vorzunehmen. In der Praxis werden solche Fälle im Wege faktischen Drucks der Behörde bzw der Verbände auf den Altunternehmer gelöst.

Stichwort „Rumpfkonzessionsproblematik“:

Nach § 23 Abs 3 Satz 1 führt der Konzessionsinhaber „in den Fällen des Abs 1“ die Kraftfahrlinie eigenwirtschaftlich. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber von der Möglichkeit ausgeht, dass eine einzige Linie in einen eigenwirtschaftlichen und einen gemeinwirtschaftlichen Teil gesplittet werden kann. Letztlich läuft dies – unter dem Deckmantel einer prinzipiell möglichen Ausschreibung – auf einen Schutz des Altkonzessionärs hinaus. Dies insbesondere auch deshalb, weil § 23 Abs 1 KfIG es nahe legt, dass der Besteller für zusätzliche Verkehrsangebote – das KfIG behandelt die Ausschreibung in der zitierten Gesetzesstelle lediglich als Möglichkeit – das Verhandlungsverfahren wählt und einen Verkehrsdienstvertrag mit dem Konzessionsinhaber ohne vorhergehende Ausschreibung abschließt.

Gerade diese Vorgehensweise ist in der Praxis feststellbar. Sie bedeutet aber, dass es auf der Grundlage des § 23 Abs 1 KfIG für möglich gehalten wird, dass ein Unternehmen eine eigenwirtschaftliche Rumpfkonzession erwirkt und die noch fehlenden Fahrten zwischen dem Besteller und dem Unternehmen danach gemeinwirtschaftlich nach § 23 Abs 1 KfIG vereinbart werden. Damit besteht für Unternehmen die Möglichkeit, sich durch eine eigenwirtschaftliche Rumpfkonzession ein Monopol auf der entsprechenden Linie zu verschaffen und in der Folge die Bestellung von Zusatzkursen unter Bezahlung durch die öffentliche Hand an sich zu ziehen. Nach § 23 Abs 3 gilt die gesamte Linie aber doch als eigenwirtschaftlich, was etwas seltsam anmutet.

Die beschriebene Vorgangsweise steht allerdings mit anderen Bestimmungen des KfIG und mit dessen Zielsetzung im Spannungsverhältnis. So ist etwa fraglich, ob die Konzessionierung eines eigenwirtschaftlichen Rumpfantrags eine „zweckmäßige und wirtschaftliche Befriedigung des in Betracht kommenden Verkehrsbedürfnisses“ hinsichtlich der Art der Linienführung nach § 7 Abs 1 Z 3 KfIG gewährleistet. Denn eine Aufteilung einer guten und schlechten Risiken vereinenden Strecke in einzelne Fahrten wird im Vergleich zu einer gesamthaften Ausschreibung in der Regel zu

Effizienzverlusten und damit zu einer geringeren Wirtschaftlichkeit führen.

Zudem erscheint die Beantragung einer Rumpfkonzession auch nach § 7 Abs 1 Z 4 KfIG nicht genehmigungsfähig. Nach dieser Bestimmung darf die Erteilung einer Konzession öffentlichen Interessen nicht zuwiderlaufen. Ziel des KfIG ist die im (erheblichen) öffentlichen Interesse gelegene optimale Versorgung der Bevölkerung mit Beförderungsleistungen. Diese Zielsetzung ergibt sich auch aus § 29 KfIG, wonach die Wiedererteilung einer Konzession an den Altunternehmer nur „bei sonst gleichem Angebot“ möglich ist, nicht also dann, wenn ein konkurrierender Unternehmer einen Antrag stellt, der eine bessere Verkehrsbedienung beinhaltet. Eine bessere, wirtschaftlichere Bedienung wird durch die nachträgliche gemeinwirtschaftliche Ausgestaltung einer eigenwirtschaftlichen Rumpfkonzession jedoch in aller Regel gerade nicht erreicht.

Schließlich würde die Beantragung einer eigenwirtschaftlichen Rumpfkonzession mit der Intention einer nachträglichen gemeinwirtschaftlichen Ausgestaltung eine Umgehung des § 23 Abs 3 KfIG darstellen. Dies deshalb, weil diese Norm von der eigen- bzw gemeinwirtschaftlichen Führung einer Linie ausgeht. Dies bedeutet aber, dass nur im Fall der eng zu verstehenden Ausnahme des § 23 Abs 1 KfIG eine Linie nicht gemeinwirtschaftlich wird. Eine Linie im Sinne des § 23 Abs 2 KfIG ist hingegen jedenfalls gemeinwirtschaftlich. Diese vom Gesetzgeber aufgestellte Grenzziehung würde durch die beschriebene Vorgangsweise unterlaufen. In der Praxis spielen solche Bedenken freilich keine Rolle.

Ausschreibungen nach § 23 Abs 2 KfIG alt

§ 23 (2) Wird die Bedienung von Strecken bestellt, die bisher mangels Eigenwirtschaftlichkeit nicht von einer Kraftfahrlinie bedient wurden oder zum Zeitpunkt der Bestellung nicht mehr eigenwirtschaftlich bedient werden können, so kann der Besteller [...] die Durchführung dieser Fahrten ausschreiben und einen geeigneten Personenkraftverkehrsunternehmer namhaft machen, sofern während der Ausschreibungsfrist bei der Aufsichtsbehörde kein Antrag auf Erteilung einer Konzession zum eigenwirtschaftlichen Betrieb der Kraftfahrlinie gestellt wird, der in der Folge zur Konzessionserteilung führt.

Es ist davon auszugehen, dass § 23 Abs 2 KfIG nur dann zur Anwendung gelangen kann, wenn nicht bereits eine Konzession auf einer Linie besteht. Dies ergibt sich aus dem Zusammenhang der Norm mit § 23 Abs 1 KfIG. Besteht bereits eine Linienkonzession, können nach § 23 Abs 1 KfIG lediglich einzelne „Kurse“ und keine „Strecken“ bestellt werden.

Regelungsgegenstand des § 23 Abs 2 KfIG ist also die Ausschreibung gemeinwirtschaftlicher „Strecken“

(„Fahrten“, Linien) in Bezug auf Unternehmen, die nicht unter die Bereichsausnahme fallen (Stadtverkehre sind nicht betroffen).

Da Stadtverkehre ausgenommen sind, stellt sich die Frage, wie vorzugehen ist, wenn sich an der Ausschreibung einer gemeinwirtschaftlichen Linie nach § 23 Abs 2 KfIG ein Unternehmen beteiligt, das unter die Bereichsausnahme (Stadtverkehr) fällt, denn für diese Kraftfahrlinienunternehmer „gelten die Bestimmungen der Abs. 2 bis 5“ nicht. Die Erläuterung, dass die (Möglichkeit der) Ausschreibung einer gemeinwirtschaftlichen Linie für die genannten Unternehmen nicht „gilt“, hilft nicht weiter. Ausschreibende Stelle ist der Besteller, an den sich die Norm richtet, und nicht das Unternehmen. Was es bedeuten soll, wenn eine Ausschreibung für ein Unternehmen nicht „gilt“, ist nicht zu klären.

Es stellt sich zudem das Problem, dass § 23 Abs 2 KfIG nur die Möglichkeit einer Ausschreibung beinhaltet. Es scheint mithin, als ob für den Besteller die Ausschreibung gemeinwirtschaftlicher Linien nur eine von mehreren Varianten darstellen würde. Dies kann aber im Hinblick auf vergaberechtliche Bindungen nicht der Fall sein. Wenn ein gemeinwirtschaftlicher Verkehr die Voraussetzungen des persönlichen und des sachlichen Anwendungsbereichs des Vergaberechts erfüllt, muss er ausgeschrieben werden. Dem Besteller kann diesbezüglich kein Ermessen eingeräumt sein.

Zusammenfassung:

§ 23 Abs 1 (Zubestellung auf einer Linie – bleibt eigenwirtschaftlich) und 2 (Bestellung einer Linie – gemeinwirtschaftlich). Jeweils nur die Möglichkeit zur Ausschreibung.

3. DIE WIEDERERTEILUNG UND DIE VERLÄNGERUNG EIGENWIRTSCHAFTLICHER KONZESSIONEN

Von zentraler Bedeutung ist die Frage der Wiedererteilung bzw Verlängerung eigenwirtschaftlicher Konzessionen. Besonders interessant ist dieser Themenbereich deshalb, weil er im Ergebnis eine permanente Marktabschottung ermöglicht.

§ 29 Wiedererteilung

§ 29 (1) soll die Konzession für eine Kraftfahrlinie wiedererteilt werden, so ist in Konkurrenz mit einem anderen Konzessionswerber bei sonst gleichem Angebot der bisherige Konzessionsinhaber vor allem zu berücksichtigen.

Die Bevorzugung des Altunternehmers im Falle der Wiedererteilung einer Konzession lässt sich nach Ansicht des Gesetzgebers mit den bisher getätigten Investitionen und dem jahrelang überwiegend selbst geführten Betrieb in

einer dem öffentlichen Verkehrsinteresse entsprechenden Weise begründen und stellt daher eine sachlich gerechtfertigte Differenzierung dar.

Ob bzw in welchem Ausmaß tatsächlich Investitionen getätigt wurden, ist nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht näher zu prüfen; es wird angenommen. Eine etwaige Amortisation spielt auch keine Rolle. Die Wiedererteilung der Konzession stellt quasi die Belohnung dafür dar, dass der Unternehmer den Betrieb den gesetzlichen Bedingungen entsprechend geführt hat.

Die heute hiezu aktuellen Fragen lauten etwa:

- Wie erfahre ich vom Auslaufen einer Konzession?
- Nach welchen Kriterien wird bei der Erteilung vorgegangen?
- Raum für Diskriminierungen: „vor allem zu berücksichtigen“.

§ 30 Verlängerung

§ 30 (1) Stellt der Konzessionsinhaber spätestens sechs Monate vor Ablauf einer auf die volle Konzessionsdauer des § 15 Abs. 1 erteilten Konzession den Antrag auf Verlängerung der Konzessionsdauer bei sonst unverändertem Inhalt der Konzession, so ist diesem Antrag stattzugeben, sofern kein anderer Konzessionswerber vorhanden ist, die Kraftfahrline ständig vom Konzessionsinhaber betrieben wurde, und der Ausschließungsgrund des § 7 Abs. 1 Z 4 lit. a nicht vorliegt.

So wie die Wiedererteilung ist auch die Verlängerung von Konzessionen für die Altunternehmen auf Basis des in Geltung stehenden Rechtsrahmens in aller Regel problemlos zu bewerkstelligen, ist dem Antrag doch stattzugeben, „sofern kein anderer Konzessionswerber vorhanden ist“. Ist dies der Fall, ist die Konzession – ohne Ermittlungsverfahren – zu verlängern.

Die aktuellen Problempunkte lauten hiezu:

- Wie sollte aber jemals ein anderer Konzessionswerber auf den Plan treten, wenn das Auslaufen einer Konzession von den Behörden nicht einmal auf Anfrage, geschweige denn von Amts wegen, publik und so potenziellen Konkurrenten zugänglich gemacht wird?
- Erhebliche Intransparenz!
- Totale Marktabschottung!

4. VERTRAGSVERLETZUNGSVERFAHREN POSTBUS

Sachverhalt in Stichworten:

2002 Vertragsschluss zwischen Verkehrsverbund Tirol und Postbus. Präambel des Vertrags: „Verkehrsdienstleistungen zur Personenbeförderung in Osttirol weiterhin sicherzustellen und auf eine dauerhafte, planbare finanzielle Grundlage zu stellen und damit die Basis für

eine langfristige Zusammenarbeit auf Basis eines für beide Seiten zumutbaren Preises zu legen“.

Im Vertrag wurden keine zusätzlichen Leistungen bestellt, sondern die Postbus AG ist gegenüber dem Verkehrsverbund lediglich die Verpflichtung eingegangen, einen Teil der bisher auch schon erbrachten Leistungen künftig gegen ein festes Entgelt zu erbringen (Bestellfahrten). Diese Leistungen durften künftig nur mit schriftlicher Zustimmung des Verbundes gekürzt werden. Der Vertrag wurde auf unbestimmte Zeit und ohne förmliches Verfahren abgeschlossen.

Bemerkenswert: Noch vor dem Vertragsschluss wurden die 8 vom Postbus betriebenen Konzessionen verlängert (bis 2010, 2011 und 2012! Laufzeit gemäß § 15 alt – 10 Jahre).

Die Position Österreichs im Vertragsverletzungsverfahren Postbus-Osttirol:

Österreich führte § 23 Abs 1 KfIG ins Treffen: Durch den Vertrag würde der Postbus verpflichtet, zusätzliche Leistungen zu erbringen. Zubestellungen sind jedoch nach § 23 Abs 1 KfIG zu gestalten. Damit bleibe kein Raum für eine Ausschreibung.

Die Sicht der Kommission:

- „Soweit sich die österreichischen Behörden auf § 23 Abs 1 berufen, ist darauf hinzuweisen, dass bereits der Tatbestand dieser Bestimmung im vorliegenden Fall nicht erfüllt ist. § 23 Abs 1 setzt nämlich voraus, dass beim Konzessionsinhaber über das vorgesehene Fahrplanangebot einer Kraftfahrline hinaus Kurse bestellt werden. Wie bereits festgestellt, wurden jedoch durch den Verkehrsdienstvertrag keine neuen Fahrten bestellt.“ – Sachverhaltsebene.
- Wichtiger ist aber für das hier zu behandelnde Thema die Feststellung der Kommission, dass § 23 Abs 1 jedenfalls mit EG-Recht nicht vereinbar ist. Der Grund hierfür liegt in der mangelnden Transparenz bei der Bestellung der Kurse (Primärrecht).
- Bereits die intransparente Verlängerung der Konzessionen (§ 30) war mit Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar.
- Schließlich wurde der Vertrag auf unbestimmte Dauer abgeschlossen, obwohl die Konzessionen nach KfIG nicht unbefristet erteilt werden können (Widerspruch der Verpflichtungen aus dem Vertrag zur Laufzeit der Konzessionen).

5. „REFORM“ DURCH DIE KFLG-NOVELLE

§ 23 Abs 1 neu

§ 23 (1) Werden über das vorgesehene Fahrplanangebot einer Kraftfahrline hinaus Kurse bestellt, so hat der Besteller oder für diesen die Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft die anwendbaren

Bestimmungen des Vergaberechtes zu berücksichtigen. Wird ein anderer Personenkraftverkehrsunternehmer als der Konzessionsinhaber mit der Durchführung der bestellten Kurse betraut, so ist er vom Konzessionsinhaber mit der Durchführung dieser Kurse zu beauftragen (§ 22 Abs. 3).

Eingefügt wurde der Hinweis auf die „*anwendbaren Bestimmungen des Vergaberechtes*“. Kein Ermessen mehr.

Würdigung in Stichworten:

- Es bleibt bei der Bestellung nur von Kursen (Aufsplitten einer Linie in eigen- und gemeinwirtschaftlich). Gemeinwirtschaftlichkeit liegt aber nach nationalem Recht nur selten vor.
- Auch die Rumpfkonzessionsproblematik bleibt.
- Qualitätsverbesserungen und mehr Wettbewerb werden durch dieses Prinzip nicht gefördert. Ob dies im Sinne der Kommission ist, darf bezweifelt werden.
- Ausnahmen von einer transparenten Vergabe kommen jetzt aber nur noch dann in Betracht, wenn diese vom Vergaberecht gedeckt sind (Direktvergabe).

Interessant ist auch die Frage, was nach dem Auslaufen einer Konzession passiert, die auf der Grundlage des Art 23 Abs 1 während ihrer Laufzeit aufgefettet wurde. Man möchte meinen, es müsste zu einer Ausschreibung nach Abs 2 (Gemeinwirtschaftlichkeit) kommen. In der Praxis hört man dazu die These, dass man – bevor man Gemeinwirtschaftlichkeit „*riskiert*“ (Ausschreibung nach Abs 2) vor dem Auslaufen der Konzession ggf „*sein Angebot geschrumpfen und auf die eigenwirtschaftlichen Kurse reduzieren*“ müsse (Originalzitat aus E-Mailverkehr mit einem Unternehmen). Ein solches Vorgehen ist im Übrigen aus rein national-rechtlicher Sicht wegen der fehlenden Fahrplanpflicht möglich.

§ 23 Abs 2 neu

§ 23 (2) Wird die Bedienung von Strecken bestellt, die bisher mangels Eigenwirtschaftlichkeit (§ 3 Abs. 2 ÖPNRV-G 1999) von einer Kraftfahrlinie nicht bedient wurden oder zum Zeitpunkt der Bestellung nicht mehr eigenwirtschaftlich bedient werden können, so hat der Besteller selbst oder für diesen die Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft unter Berücksichtigung der anwendbaren Bestimmungen des Vergaberechtes einen geeigneten Personenkraftverkehrsunternehmer zu ermitteln. Von dieser Verpflichtung ausgenommen sind Strecken, die weiterhin eigenwirtschaftlich bedient werden können.

Würdigung in Stichworten:

- Immer noch die „Hürde“ der Gemeinwirtschaftlichkeit und das System von Eigen- und Gemeinwirtschaftlichkeit und Bereichsausnahme.

- Gilt nur für gemeinwirtschaftliche Regionalverkehrsdienste?
- Klargestellt ist aber: Anwendbarkeit des Vergaberechtes.

Konzessionsverlängerung – § 30 (aufgehoben)

Die intransparente Konzessionsverlängerung nach § 30 KfVG verstößt gegen Gemeinschaftsrecht. Daher wurde sie ersatzlos behoben.

Würdigung in Stichworten:

- Es wäre zu erwarten, dass eigenwirtschaftlicher Genehmigungswettbewerb gestärkt wird.
- Aus den Materialien zur Novelle ergibt sich: § 30 alt enthielt kein Verfahren, das hinreichend das primärrechtliche Nichtdiskriminierungs- und Transparenzgebot gewährleistete. Künftig sind Anträge auf Verlängerung als Anträge auf Wiedererteilung einzubringen (Eigenwirtschaftlichkeit), was bedeutet, dass ein Ermittlungsverfahren durchzuführen ist. Interessant ist damit das nach § 29 durchzuführende Ermittlungsverfahren im Zuge einer Wiedererteilung einer Konzession (dazu sogleich).

Wiedererteilung – § 29 (unverändert)

Würdigung in Stichworten:

- Auch hier besteht aber ein Vorrecht des Bestandsunternehmens, da das Vorliegen eines „*sonst gleichen Angebots*“ praktisch ausgeschlossen ist.
- Es fehlen praktikable Vorschriften (inhaltliche Kriterien) für die Auswahlentscheidung (Stichwort „Genehmigungswettbewerb“).
- Materialien: „*Die verfahrensfreie Verlängerung der Konzessionsdauer wird den verfahrensbedingten Bestimmungen über die Wiedererteilung der Konzession unterstellt und so den primärrechtlichen Grundsätzen des Nichtdiskriminierungs- und Transparenzgebots entsprochen*“. Das ist aber zweifelhaft. Abgestellt wird auf die Durchführung eines Ermittlungsverfahrens (AVG). Das reicht aber für die Erfüllung primärrechtlicher Transparenzpflichten nicht aus (Bekanntgabe des Endes der Konzessionslaufzeit; Konzessionskataster). Die Kommission verlangt eine transparente, nicht-diskriminierende Vergabe von Konzessionen (Vorgaben in Richtung Vergaberecht, nicht AVG!).
- Zudem besteht keine Fahrplanpflicht, sodass ein Unternehmer seine Leistungen nach einer Wiedererteilung ausdünnen kann.

Befristung

§ 15 (1) Die Konzession zum Betrieb einer Kraftfahrlinie wird auf höchstens acht Jahre erteilt. Bei Vorliegen eines zeitlich begrenzten oder nur vorübergehenden Verkehrsbedürfnisses sowie zur Erreichung der in § 37 Abs.

3 angeführten Ziele kann sie auch für einen kürzeren Zeitraum erteilt werden.

Materialien: „Die höchstzulässige Konzessionsdauer wurde von 10 auf 8 Jahre herabgesetzt. Weiters wird auch der Konzessionsbehörde ein verkehrspolitischer Gestaltungsspielraum durch Einschränkung der Konzessionsdauer eingeräumt.“

Dies ist zutreffend: mehr Gestaltungsspielraum der Konzessionsbehörde, nicht jedoch des Aufgabenträgers!

§ 37 (3): Die Aufsichtsbehörden haben bei ihren Maßnahmen auch die Ziele der Bundes- und Landesplanung zu beachten.

Überschrift: „Ausgleich der Verkehrsinteressen, Förderung der Zusammenarbeit und von Zusammenschlüssen der Unternehmen“.

Würdigung in Stichworten:

- Eine wesentliche Forderung, die seit Jahren besteht, ist die nach der Möglichkeit zur Schaffung von Bündeln von Linien, deren Konzessionierungen zur gleichen Zeit auslaufen. Damit könnten die Wettbewerbsintensität gesteuert (große Netze, kleine Netze, einzelne Linie) und der Zuschussbedarf durch die öffentliche Hand optimiert werden.
- Nun erscheint es aber auch nach dem neuen § 15 nicht klar, nach welchen Kriterien die Genehmigungsbehörde entscheidet, ob sie die Laufzeit von Konzessionen befristet. Es könnten sich Aspekte für eine kürzere Befristung auch aus der Manifestation des öffentlichen Interesses, zB durch Aufstellen eines Nahverkehrsplans, ergeben. Auch die Gemeindeplanung ist zu berücksichtigen – Materialien: Wunsch der Länder (Konzessionierung = Planung???) nach mehr Gestaltungsspielraum.
- Das Instrument der Linienbündelung ist durch den neuen § 15 nicht ausreichend gesetzlich verankert worden. Ein „zeitlich begrenztes Verkehrsbedürfnis“ liegt ja nur ausnahmsweise vor.
- Verknüpfung zu Vergaberecht? Die Konzessionsbehörde erhält einen größeren Gestaltungsspielraum. Diese wird aber kaum kürzer konzessionieren können, wenn für 8 Jahre ausgeschrieben wurde. Es fehlt mithin nach wie vor eine Harmonisierung des Konzessions- mit dem Vergaberecht.

6. ZUSAMMENFASSENDE BEWERTUNG

Die Novelle stellt sich lediglich als Reaktion ausschließlich auf ein vergaberechtliches Vertragsverletzungsverfahren dar. Dies greift zu kurz.

Keine Novelle des ÖPNRV-G. Zahlreiche Aspekte von KfLG und ÖPNRV-G greifen aber ineinander:

- Eigen-/Gemeinwirtschaftlichkeit,
- Aufgabenträgerdefinition,
- Lokal-/Regionalverkehr,
- Aufgaben-/Ausgabenverantwortung,
- Finanzierung.

Eine gleichzeitige, harmonisierende Änderung der beiden Gesetze wäre sachgerecht gewesen.

Nicht angetastet wurden die erwähnten Problembereiche

- Bereichsausnahme,
- Aufgabenträgerdefinition,
- Definition bzw Abgrenzung des Vororte-/Regionalverkehrs (Bereichsausnahme).

Diese Problembereiche bestehen also ungelöst weiter, ohne dass darauf speziell noch einmal detailliert eingegangen wurde (auch hierzu *Kahl*, aaO). Das Wissen um diese Probleme ist beim Ministerium jedenfalls vorhanden.

Über den Autor:

Univ.-Prof. Dr. Arno Kahl ist am Institut für Öffentliches Recht, Verfassungs- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck sowie an der Wirtschaftsuniversität Wien tätig.

Kontaktadresse:

Innrain 82, 6020 Innsbruck. Tel.: 0512/507 – 8204

E-Mail:

arno.kahl@uibk.ac.at

Vom selben Autor erschienen:

Kahl, Der öffentliche Personennahverkehr im Wettbewerb (2005);

Kahl, Rechtsfragen des Schienenpersonennahverkehrs, in: Dullinger/Holoubek/Segalla (Hrsg), Recht und Praxis der Eisenbahnliberalisierung (2004) 72;

Kahl/Weber, Allgemeines Verwaltungsrecht (2007).