

UNIONSRECHTSWIDRIGER RENTABILITÄTSSCHUTZ IM ÖSTERREICHISCHEN KFLG

Arno Kahl

I. EINLEITUNG

Vor kurzer Zeit wurden an dieser Stelle¹ die rechtliche Möglichkeit und deren Grenzen zur Beschränkung von Konzessionslaufzeiten zwecks Linienbündelung im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) auf der Grundlage des Kraftfahrliniengesetzes (KfLG) im Spiegel der Judikatur dargelegt. In diesem Beitrag wurde ua behauptet, dass eine umfangreichere Novellierung der österreichischen Nahverkehrsgesetze nicht nur wegen der seit Dezember 2009 in Kraft stehenden neuen „ÖPNV-Verordnung“, der VO 1370/2007,² erforderlich wäre. Dieser Befund wird nun durch die Bestätigung einer schon seit längerer Zeit vermuteten Unionsrechtswidrigkeit des KfLG durch Generalanwalt *Pedro Cruz Villalon* erhärtet.³ Der EuGH folgt der Auffassung der Generalanwälte in rund 80% der Fälle. Es geht um den (zu) umfassenden Konkurrenzschutz, den das KfLG Bestandunternehmen gewährt.

II. SACHVERHALT UND NATIONALE NORMEN

Die deutsche Yellow Cab Verkehrsbetriebs-GmbH beantragte im Jänner 2008 die Konzession zur Führung einer Kraftfahrlinie zu touristischen Zwecken auf einer näher beschriebenen Kraftfahrlinie in Wien. Beinahe der gesamte Teil der Streckenführung wurde bereits von Bestandsunternehmen – wie der Blaguss Reisen GmbH, der Elite Tours Verkehrsbetrieb GmbH und der Vienna Sightseeing Tours-Wiener Rundfahrten GmbH & Co KG – abgedeckt. Grundlage hierfür war eine Konzession vom Mai 2005.

¹ http://www.publiclaw.at/pl/index.php?option=com_content&task=view&id=130&Itemid=30 .

² VO über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) 1107/70, ABI 2007 L 315/1.

³ Schlussanträge vom 30.9.2010 in der Rs C-338/09, *Yellow Cab Verkehrsbetriebs-GmbH*.

Der Landeshauptmann von Wien wies den Antrag von Yellow Cab im März 2009 mit der Begründung ab, die Erteilung einer Konzession würde die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigen. Im Zuge der Berufung an den UVS Wien stellte dieser weitere Abweisungsgründe fest; insbesondere sei eine Abweisung deshalb geboten, weil Yellow Cab zum Zeitpunkt der Konzessionswerbung keinen Sitz und keine Niederlassung in Österreich gehabt habe und weil die wirtschaftliche Betriebsführung der bereits tätigen Verkehrsunternehmen erheblich beeinträchtigt würde.

Nach den Regelungen des KfLG bedarf der entsprechende Kraftfahrlinienverkehr einer Bewilligung („Konzession“). Handelt es sich wie bei Yellow Cab um ein EU-ausländisches Unternehmen, wird von diesem nach § 7 Abs 1 Z 2 KfLG ein Sitz oder eine ständige geschäftliche Niederlassung in Österreich verlangt. Die Konzessionierung wird – unter anderem – als öffentlichen Interessen zuwiderlaufend angesehen, wenn die Dienstleistung die Erfüllung der Verkehrsaufgaben durch die Verkehrsunternehmen, in deren Verkehrsbereich die beantragte Linie fällt (Bestandunternehmen), zu gefährden geeignet ist. Dies ist dann der Fall, wenn diese in der Erbringung ihrer Dienstleistung insoweit beeinträchtigt werden, als sie einen Einnahmeausfall erleiden, der ihre wirtschaftliche Betriebsführung sichtlich in Frage stellt (§ 7 Abs 1 Z 4 lit b iVm § 14 Abs 1 bis 3 KfLG). Bei einer solchen Konstellation ist die Bewilligung des neuen Verkehrs zu versagen.

III. VORLAGEFRAGEN DES UVS

Hinsichtlich dieses Konkurrenzschutzes für Bestandunternehmen sind beim UVS Wien im Zuge der Behandlung der Berufung von Yellow Cab begründete Zweifel hinsichtlich der

Gemeinschaftsrechtskonformität⁴ der einschlägigen Bestimmungen des KfLG entstanden. Der UVS hat dem EuGH daher folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. *Ist es mit der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit iSd Art 49 ff EGV und dem EU-Wettbewerbsrecht iSd Art 81 ff EGV vereinbar, dass eine nationale Rechtsvorschrift für die Gewährung der Bewilligung zum Betrieb einer Kraftfahrlinie, daher der Einrichtung eines öffentlichen Massenverkehrsmittels, durch welches festgelegte Haltestellen entsprechend einem Fahrplan regelmäßig angefahren werden, als Bewilligungsvoraussetzung normiert:*
 - a. *dass das antragstellende EU-Unternehmen bereits vor der Aufnahme des Linienbetriebs, und insbesondere zum Konzessionszeitpunkt, über einen Sitz oder eine Niederlassung in dem Staat der bewilligenden Behörde verfügen muss;*
 - b. *dass das antragstellende EU-Unternehmen spätestens ab dem Zeitpunkt der Aufnahme des Linienbetriebs über einen Sitz oder eine Niederlassung in dem Staat der bewilligenden Behörde verfügen muss?*
2. *Ist es mit der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit iSd Art 49 ff EGV und dem EU-Wettbewerbsrecht iSd Art 81 ff EGV vereinbar, dass eine nationale Rechtsvorschrift für die Gewährung der Bewilligung zum Betrieb einer Kraftfahrlinie, daher der Einrichtung eines öffentlichen Massenverkehrsmittels, durch welches festgelegte Haltestellen entsprechend einem Fahrplan regelmäßig angefahren werden, normiert, dass eine Bewilligung zu versagen ist, wenn im Falle der Aufnahme des beantragten Kraftfahrlinienverkehrs die Erträge eines Konkurrenzunternehmens, welches eine teilweise oder gänzliche identische Kursstrecke befährt, aus der von diesem geführten Kurslinie derart deutlich*

gemindert werden, dass die Weiterführung dieses vom Konkurrenzunternehmen geführten Linienkurses nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht mehr rentabel ist?

Es fällt auf und ist wichtig, dass der UVS die Erfordernisse des österreichischen Rechts in jeder seiner Fragen allen drei Kategorien des Primärrechts gegenüberstellt: der Dienstleistungsverkehrsfreiheit, der Niederlassungsfreiheit und dem Wettbewerbsrecht.

IV. ZUM VORLIEGENDEN SACHVERHALT IM LICHT DER DIENSTLEISTUNGSFREIHEIT

Die Zuordnung eines grenzüberschreitenden Sachverhalts zur Dienstleistungs- oder zur Niederlassungsfreiheit hat im Einzelfall und unter Berücksichtigung der „Dauer, Häufigkeit, Periodizität und Kontinuität der Tätigkeit“⁵ zu erfolgen. Der Begriff der Niederlassung legt die Möglichkeit eines EU-Bürgers nahe, „in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats als seines Herkunftsstaats teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen, wodurch die wirtschaftliche und soziale Verflechtung innerhalb der Gemeinschaft im Bereich der selbständigen Tätigkeiten gefördert wird.“⁶ Dagegen schützt die Dienstleistungsfreiheit „vorübergehende“ Leistungserbringungen.⁷

Da Yellow Cab die Leistungen ohne absehbare zeitliche Beschränkung ausüben wollte, ist dem Generalanwalt dahingehend zuzustimmen, dass die Erbringung der Verkehrsleistungen unter die Niederlassungsfreiheit fällt.⁸ Dies ist deshalb wesentlich, weil nach Art 58 AEUV (Art 51 EG-Vertrag) für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs die Bestimmungen über den

⁵ ZB EuGH Rs C-3/96, *Reisebüro Broede*, Slg 1996, I-6511, Rz 22.

⁶ So der GA in Rz 16 unter Bezugnahme auf EuGH Rs 2/74, *Reyners*, Slg 1974, 631, Rz 21; Rs C-55/94, *Gebhard*, Slg 1995, I-4165, Rz 25 und Rs C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, Slg 2006, I-8203, Rz 18.

⁷ Erwähnt sei der Vollständigkeit halber, dass die RL 2006/123/EG (Dienstleistungsrichtlinie), ABl 2006 L 376/36, gemäß ihrem Art 2 Abs 2 lit d auf Verkehrsdienstleistungen keine Anwendung findet.

⁸ Zum Umstand, dass Leistungen nach dem KfLG regelmäßig eher die Niederlassungsfreiheit denn die Dienstleistungsfreiheit berühren werden schon *Kahl*, Der öffentliche Personennahverkehr auf dem Weg zum Wettbewerb (2005) 280 f.

⁴ Der zu beurteilende Sachverhalt hat sich vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ereignet, weshalb in der Folge (auch) die alten Artikelzahlen des Vertrags vorkommen.

Titel Verkehr gelten. Das bedeutet, die Dienstleistungsfreiheit ist im Rahmen der Verkehrspolitik nicht unmittelbar anwendbar. Vielmehr verweist Art 58 AEUV auf die Ausgestaltung durch einschlägiges Sekundärrecht im Rahmen der Kompetenzen zur Verkehrspolitik. Für den vorliegenden Fall besteht kein solches Sekundärrecht.⁹ Damit tritt die Dienstleistungsfreiheit in den Hinter- und die Niederlassungsfreiheit als einschlägiger, unmittelbar anwendbarer, primärrechtlicher Maßstab in den Vordergrund.

V. ZUR ERSTEN VORLAGEFRAGE IM LICHT DER NIEDERLASSUNGSFREIHEIT

A. Beschränkung durch die Bewilligungspflicht als solche

Aus dem Blickwinkel der Niederlassungsfreiheit kann zunächst einmal die Bewilligungspflicht von Dienstleistungen als solche problematisiert werden, weil diese immer eine Beschränkung der Binnenmarktfreiheit bedeutet. Zwar sind Bewilligungspflichten bekanntlich nicht per se verboten, sie unterliegen aber einem Rechtfertigungserfordernis. Nach der gängigen „Formel“ müssen sie im Allgemeininteresse gelegen und geeignet sein, die mit ihr verfolgten Ziele zu erreichen. Darüber hinaus müssen sie erforderlich sein und dürfen nur auf objektiven, nicht diskriminierenden, im Vorhinein bekannten Kriterien beruhen. Letzteres dient dem Ziel, eine nicht mit dem unionsrechtlichen Effektivitätsgebot (*effet utile*) in Einklang stehende Ermessensausübung durch nationale Behörden zu verhindern.¹⁰

Zutreffend ist die Einschätzung des Generalanwalts, wonach schützenswerte öffentliche Interessen durch den Betrieb einer touristischen Zwecken dienenden Buslinie gefährdet werden können. Er erwähnt die Sicherheit und Unversehrtheit von Personen, die Sicherheit des Straßenverkehrs und die ordnungsgemäße Regelung des städtischen Verkehrs. Dazu kommt, dass nur eine vorgeschaltete Prüfung iSe Bewilligungspflicht diese öffentlichen Interessen ausreichend zu schützen in der Lage ist. Eine nachträgliche Kontrolle erscheint zur Zielerreichung nicht in gleichem Maße geeignet. Der Generalanwalt

⁹ Diese Frage ist nicht einfach zu beantworten, weil für die Erbringung von ÖPNV-Diensten durchaus sekundärrechtliche Bestimmungen bestehen. Zur detaillierten Analyse vgl die Ausführungen des GA in Rz 21 f.

¹⁰ ZB EuGH Rs C-169/07, *Hartlauer*, Slg 2009, I-1721, Rz 64.

bezieht diesen Aspekt – ohne Zwang – lediglich auf den spezifischen Aspekt, dass „ein System der nachträglichen Überprüfung insbesondere dann zu spät zu greifen drohte, wenn bereits erhebliche Ausgaben getätigt wurden und nur schwer zurückgefordert werden könnten“, also auf das monetäre Moment.¹¹

Wesentlich sind nun die Bewilligungsvoraussetzungen, die ein Mitgliedstaat für den Zugang zu einem Markt aufstellt. Je nach dem, ob sich diese „ohne Weiteres erfüllen lassen“ oder ob diese eine solche „Beschwerlichkeit“ für ausländische Unternehmen bedeuten, dass diese abgeschreckt werden, sind nationale Bewilligungskriterien vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts zulässig oder nicht. Das Kriterium, in Österreich einen Sitz oder eine Niederlassung zu haben, werden österreichische Unternehmen immer erfüllen, EU-ausländische typischerweise nicht. Unklar sind für den Generalanwalt (nach den Angaben des UVS) nun aber die „Voraussetzungen, die in den österreichischen Rechtsvorschriften dafür aufgestellt werden, um sich niederzulassen“. Interessant ist vor allem § 7 Abs 1 Z 2 KfIG, wonach österreichische Unternehmen einen Sitz im Inland, EU-ausländische Unternehmen hingegen einen „Sitz oder eine ständige geschäftliche Niederlassung“¹² in Österreich vorweisen müssen. Auf diesen Unterschied hatte auch die österreichische Regierung hingewiesen und das Erfordernis einer (bloßen) geschäftlichen Niederlassung als Vorteil für EU-ausländische Unternehmen betont. Worin der Unterschied genau liegt, war dem Generalanwalt nicht klar. Die Materialien zum KfIG klären diese Frage auch nicht vollständig, stellen aber klar, dass eine ständige geschäftliche Niederlassung im Verhältnis zu einem Sitz ein „Weniger“ darstellt.¹³ Je nach dem, ob

¹¹ Rz 27.

¹² Nach der bezogenen Gesetzesstelle sind „Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder einer sonstigen Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum und Unternehmen aus solchen Staaten, die auch einen Sitz oder eine ständige geschäftliche Niederlassung im Inland haben, ... österreichischen Konzessionswerbern gleichgestellt“.

¹³ „Kraftfahrlinienunternehmen aus der EU oder aus dem EWR sind gem. Z 2 den österreichischen gleichgestellt, sofern sie auch einen Sitz oder wenigstens eine ständige geschäftliche Niederlassung in Österreich haben.“ Abgedruckt auch bei *Somereider/Grundtner*, *KraftfahrlinienG & GelegenheitsverkehrsG* (2004) 35.

das Erfordernis einer geschäftlichen Niederlassung¹⁴ hinsichtlich des Marktzugangs „abschreckend“ für das EU-ausländische Unternehmen darstellt, ist es als Bewilligungskriterium zulässig oder nicht. Diese Frage muss mangels gesicherter Information des Generalanwalts nach seiner Meinung der vorliegende UVS Wien entscheiden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich eine Definition der „ständigen geschäftlichen Niederlassung“ nicht finden lässt. Das legt den Schluss nahe, darunter eine Zweigniederlassung zu verstehen. Wie auch im Bankensektor üblich, hätte eine Zweigniederlassung keine Rechtspersönlichkeit. Ihr Vorteil läge darin, dass sie einfacher und kostengünstiger zu errichten ist. Es muss kein Eigenkapital aufgebracht werden. Allerdings ist auch eine Zweigniederlassung ins Firmenbuch einzutragen, was (Anwalts- und Eintragungs-)Kosten verursacht.

B. Beschränkung durch das Erfordernis einer „geschäftlichen Niederlassung“ bereits vor Abschluss des Bewilligungsverfahrens

Zusätzlich problematisch ist im Lichte des Unionsrechts die Bestimmung, dass die Konzession zu erteilen ist, wenn das Unternehmen seinen Sitz – oder eben die geschäftliche Niederlassung – im Inland hat. Problematisch deshalb, weil dieser Formulierung nur schwer die Bedeutung beigemessen werden kann, dass ein EU-ausländisches Unternehmen eine solche Niederlassung nicht schon vor der Antragstellung, also noch zu einem Zeitpunkt schaffen muss, zu dem völlig unklar ist, ob Chancen auf eine positive Erledigung des Antrags bestehen bzw wie hoch diese sind. Wenngleich die österreichische Bundesregierung dieses Bewilligungserfordernis mit der Sicherstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen und von arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften rechtfertigen wollte, ist dem Generalanwalt dahingehend zuzustimmen, dass hierfür das Bestehen eines Sitzes oder einer geschäftlichen Niederlassung schon vor der Aufnahme der Leistungserbringung nicht erforderlich ist. Der (finanzielle) Aufwand für die Errichtung einer geschäftlichen Niederlassung schon vor dem Einbringen des Antrags auf Bewilligung ist insbesondere deshalb unverhältnismäßig, weil er sich dann nicht amortisieren kann, wenn die Konzession letztlich verweigert wird. Die erwähnten Ziele lassen

¹⁴ Der GA erwähnt beide Voraussetzungen „Sitz“ und „geschäftliche Niederlassung“. Da aber gesichert erscheint, dass eine geschäftliche Niederlassung jedenfalls geringeren organisatorischen Aufwand bedeutet, ist diese Form der Niederlassung ausschlaggebend.

sich in der der Bewilligung vorausgehenden Phase auch durch andere, das Unternehmen weniger belastende Mittel erreichen, wie zB Informationen und Garantien, die die Behörden anderer Mitgliedstaaten übermitteln könnten. Solche Mittel wären zudem verlässlicher als die, die das ausländische Unternehmen, das sich gerade niedergelassen hat, selbst bieten könnte. Stellt man auf den Zeitpunkt unmittelbar vor Aufnahme der bewilligten Leistungserbringung ab, ließen sich die im KfIG normierten Kriterien demgegenüber rechtfertigen. Ein solches Verständnis ist mit dem Wortlaut des § 7 Abs 1 Z 2 KfIG indes nicht wirklich in Einklang zu bringen.

VI. ZUM WIRTSCHAFTLICHEN SCHUTZ DER BESTANDKONZESSIONÄRE – DIE ZWEITE VORLAGEFRAGE

Die Konzession zum Kraftfahrlinienverkehr darf nach § 7 KfIG nicht erteilt werden, wenn dies öffentlichen Interessen zuwiderliefe. Dieser Ausschlussgrund liegt unter anderem dann vor, wenn der beantragte Verkehr die Erfüllung der Verkehrsaufgaben durch die Verkehrsunternehmen, in deren Verkehrsbereich (§ 14 Abs 1 bis 3)¹⁵ die beantragte Linie ganz oder teilweise fällt, zu gefährden geeignet ist (§ 7 Abs 1 Z 4 lit b KfIG). Der BMVIT hat zu dieser Bestimmung im Jahr 1996 mit Erlass¹⁶ festgehalten: „Wenn ein existentes Verkehrsunternehmen daher die Gefährdung seiner Verkehrsaufgaben, also eine die wirtschaftliche Betriebsführung sichtlich in Frage stellende Konkurrenzierung ... einwendet, so hat es diese Einwendungen in rechtlich relevanter Form

¹⁵ § 14 lautet an den bezogenen Stellen:

§ 14. (1) Der Verkehrsbereich nach § 7 Abs. 1 Z 4 lit. b erstreckt sich so weit, wie sich eine beantragte Kraftfahrlinie auf einen bereits konzessionierten öffentlichen Verkehr gefährdend auswirken kann.

(2) Eine Gefährdung der Erfüllung der Verkehrsaufgaben liegt dann vor, wenn ein Verkehrsunternehmen in der Führung seines öffentlichen Verkehrs einschneidend beeinträchtigt wird, dies ist dann der Fall, wenn es hinsichtlich der gefährdeten Linie einen die wirtschaftliche Betriebsführung sichtlich in Frage stellenden Einnahmefall erleidet.

(3) Behauptet ein Verkehrsunternehmen, durch die Erteilung einer neuen oder einer hinsichtlich der Streckenführung abzuändernden Konzession einen die wirtschaftliche Betriebsführung sichtlich in Frage stellenden Einnahmefall zu erleiden, so hat es der Aufsichtsbehörde jene zum Teil nur ihm bekannten Daten zu liefern, anhand derer diese in die Lage versetzt wird, zu beurteilen, wie sich der Einnahmefall auf die wirtschaftliche Betriebsführung seiner Linie auswirken wird.

¹⁶ Erlass vom 19.2.1996, ZI 244.005/2-II/4/96.

vorzubringen. Nach Rsp des VwGH hat es der Behörde die entsprechenden Daten (Fahrgast- und Einnahmefall gegenübergestellt den Gesamteinnahmen der gesamten betroffenen, konkurrenzten Linie/n) zu liefern, die diese in die Lage versetzt, die Relevanz der Einwendungen zu werten...“. Der Ausschlussgrund des § 7 Abs 1 Z 4 lit b KfIG beinhaltet also eine Garantie der wirtschaftlichen Rentabilität einer bereits bestehenden Konzession auf der Basis der vom Bestandunternehmer zur Verfügung gestellten Daten. Ein solches System kann unter der Ägide des Unionsrechts nur bei triftigen Gründen des Allgemeininteresses bestehen, die dieses rechtfertigen. Als Schutzgut kommt nur das ordnungsgemäße Funktionieren der Verkehrsbedienung in Frage.

Nun finden sich – worauf der Generalanwalt Bezug nimmt – im sekundären Unionsrecht, das auf den konkreten Fall allerdings nicht anwendbar ist – deutliche Hinweise darauf, dass die Versagung einer Bewilligung zwar aus dem Grunde zulässig sein kann, dass ein neuer Verkehrsdienst das Bestehen eines bereits genehmigten Liniendienstes unmittelbar gefährden würde. Allerdings kann nach den entsprechenden Bestimmungen der Umstand, dass „ein Verkehrsunternehmen niedrigere Preise als andere Kraftverkehrs- oder Eisenbahnunternehmen an[bietet] oder ... die betreffende Verbindung bereits von anderen Kraftverkehrs- oder Eisenbahnunternehmen bedient [wird], ... allein noch keine Ablehnung des Antrags [rechtfertigen].“¹⁷ Zu Recht – und das wurde hinsichtlich des § 7 Abs 1 Z 4 lit b KfIG seit langer Zeit kritisiert – bewirkt das KfIG mit seiner Regelung insofern eine „Verschiebung des Schutzziels“,¹⁸ als nicht die Dienstleistung geschützt wird, sondern insbesondere die Rentabilität des ursprünglichen Konzessionsnehmers. Die Förderung des Tourismus, die Rationalisierung und die Sicherheit des Verkehrs und der Schutz des Reisenden stehen nicht im Mittelpunkt. Nur dann, wenn die Rentabilität der ursprünglich konzessionierten Linie des Bestandunternehmers nicht mehr gegeben und so deren Weiterbedienung gefährdet wäre und zudem der Neueinsteiger diese Leistung nicht übernehmen – oder sogar verbessern – könnte, wäre eine qualitative Verschlechterung überhaupt zu befürchten.¹⁹ Um dies

beurteilen zu können, wären freilich detaillierte Informationen über Kosten und Erlöse erforderlich, die – um dem Unionsrecht zu entsprechen – eben nicht nur auf einer bloßen Behauptung des Bestandunternehmers beruhen. Nur so kann eine willkürliche Entscheidung der nationalen Behörden zu Gunsten des nationalen Bestandunternehmers verhindert werden. Die österreichische Praxis, dass nur auf der Grundlage der Angaben des bereits vorhandenen Konzessionsnehmers und der von ihm vorgetragenen Zahlen die künftige Rentabilität der Linie geprüft wird, sieht der Generalanwalt als mit der Niederlassungsfreiheit „kaum im Einklang“. ²⁰ Mit seiner Forderung nach tatsächlich objektiv belastbaren Zahlen und der Forderung, dass ein wirtschaftlicher Schutz immer nur im Dienste des übergeordneten Schutzes der angemessenen Dienstleistungserbringung für die Allgemeinheit normiert werden darf, nicht aber

eines möglichst gut funktionierenden Systems des linienmäßigen Personenverkehrs zu erreichen, sowohl der Eisenbahnsektor als auch der Autobussektor wirtschaftlich lebensfähig bleiben. Eisenbahn- und Kraftfahrlinienunternehmer müssen ihre Funktion jederzeit und umfassend zu volkswirtschaftlich vertretbaren Kosten und Preisen erfüllen. Zur Erreichung dieses Ziels erachtet der VfGH sogar ein gewisses Maß an Konkurrenzschutz als verfassungsrechtlich zulässig. Beim öffentlichen Personenverkehr sah es der Gerichtshof als ein zur Zielerreichung geeignetes, adäquates und auch sonst sachlich zu rechtfertigendes Mittel an, im Zuge der Konzessionierung auf eventuell dadurch entstehende wirtschaftliche Schwierigkeiten bereits bestehender Unternehmen Bedacht zu nehmen. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Konzessionsinhaber besonderen Pflichten unterworfen ist, wie der Betriebs- und der Beförderungspflicht und dem Tarif-, Beförderungsbedingungs- und Fahrplanzwang. Als „schlimmsten Fall“ sah es der VfGH, dass – auf Grund des Konkurrenzkampfes – „die Verkehrsbedürfnisse überhaupt nicht mehr befriedigt werden. Jedenfalls aber würde [Anm: im Falle einer konkurrierenden Linienführung] volkswirtschaftlich wertvolle Substanz sinnlos investiert worden sein und der die Umwelt belastende Straßenverkehr mit Autobussen überflüssig vermehrt“. Im dargestellten Sinn (Beachtung eventuell entstehender wirtschaftlicher Schwierigkeiten für Altunternehmen durch eine Neukonzessionierung) erachtete der Gerichtshof einen Konkurrenzschutz als das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit nicht verletzend. Lediglich eine darüber hinausgehende – im KfIG 1952 enthalten gewesene – Bedarfsprüfung (Vorhandensein eines entsprechenden Verkehrsbedürfnisses) hielt er für verfassungsrechtlich unzulässig, weil unverhältnismäßig. Dem Gesetzgeber sei es lediglich erlaubt, regulierend einzugreifen, wenn ansonsten drohende Fehlinvestitionen für die Öffentlichkeit bzw die Volkswirtschaft bedeutende schädliche Folgen hätten. Das Verkehrsbedürfnis einzuschätzen und in diesem Sinne betriebswirtschaftlich zu disponieren, sei aber alleinige Sache des Unternehmers. Eine diesbezüglich unrichtige Einschätzung träfe die Öffentlichkeit nicht gravierender als in anderen Wirtschaftsbereichen.

²⁰ Rz 45.

¹⁷ S Art 7 Abs 4 VO 684/92.

¹⁸ GA in Rz 43.

¹⁹ Nach Ansicht des VfGH (VfSlg 12.236//1989) müssen, um das im erheblichen öffentlichen Interesse gelegene, übergeordnete Ziel

zum bloßen Schutz des Bestandnehmers,²¹ rüttelt der Generalanwalt – auf der Basis der Niederlassungsfreiheit, nicht des Beihilferechts! – stärker am typischerweise intransparent finanzierten österreichischen ÖPNV-System, als sich dies auf den ersten Blick erschließen mag. Nachdem die Kommission der intransparenten Wiedererteilung von Konzessionen nach dem KfIG, die insbesondere bewirkt hat, dass Konkurrenten vom Auslaufen der Konzession nichts erfahren haben, ein Ende gesetzt hat,²² nagt der Generalanwalt nun an eine weitere Säule der Marktabschottung im Bereich des österreichischen ÖPNV. (Auch) Dies zeigt, dass eine umfassendere Novelle der österreichischen „Nahverkehrsgesetze“ angezeigt wäre, als dies derzeit geplant ist.

VII. DIE KRAFTFAHRLINIENRECHTLICHE RENTABILITÄTSKLAUSEL IM LICHT DES WETTBEWERBSRECHTS

Am hier interessierenden Sachverhalt waren ausschließlich private Verkehrsunternehmen beteiligt. Dennoch ist es nicht richtig zu behaupten, der Grundsatz des freien Wettbewerbs, mediatisiert durch das – auch staatsgerichtete – Wettbewerbsrecht käme nicht zur Anwendung.²³ Denn auch der hoheitlich tätige Staat ist (mittelbar) an die Wettbewerbsregeln gebunden.²⁴ In Bezug auf private Unternehmen (ohne Sonderrechte)²⁵ hat der EuGH aus den ehemaligen Art 10 Abs 2 und 3 Abs 1 lit g iVm 81 und 82 EGV die in der Literatur so genannte „neue Norm“ abgeleitet. Ein Verstoß gegen die aus diesen Bestimmungen erfließenden staatlichen Verpflichtungen liegt nach der Judikatur des Gerichtshofs vor, wenn der Staat a) einem Unternehmen ein wettbewerbswidriges Verhalten vorschreibt, b) zu einem solchen Verhalten ermutigt oder es erleichtert bzw fördert, c) die Auswirkungen eines solchen Verhaltens verstärkt oder d) einer

²¹ Vgl dazu *Wimmer/Kahl*, Die öffentlichen Unternehmen im freien Markt (2001) 65: „Geschützt wird [durch Art 86 Abs 2 EGV, nunmehr 106 Abs 2 AEUV] also nicht das Monopol, sondern die Erfüllung der diesem übertragenen Aufgaben.“

²² S dazu die Aufhebung des § 30 durch die KfIG-Novelle BGBl I 2006/12 im Gefolge des kommissionellen Verfahrens in der Sache „Postbus“. Näher dazu der unter „publiclaw“ veröffentlichte Vortrag „Kritische Beurteilung der Neugestaltung des Rechtsrahmens für den ÖPNRV (KfIG- und ÖPNRV-G-Novelle)“ (<http://www.publiclaw.at/pl/images/Downloads/kfig.pdf>).

²³ So offenbar aber die Kommission (vgl GA in Rz 48).

²⁴ Handelt er unternehmerisch, kommt das Wettbewerbsrecht unmittelbar zur Anwendung.

²⁵ S Art 106 Abs 1 AEUV.

staatlichen Regelung den staatlichen Charakter dadurch nimmt, dass er die Verantwortung für wirtschaftliche Interventionen in die Hand privater Unternehmen legt.²⁶

Damit ist es den Mitgliedstaaten verboten, Gesetze zu erlassen oder beizubehalten, die die praktische Unwirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln bedeuten könnten. Der Generalanwalt hält es nun für „eindeutig, dass sich eine Rentabilitätsklausel, wie sie das österreichische Recht vorsieht, mit der die Bewilligung davon abhängig gemacht wird, dass die Rentabilität des früheren Konzessionsnehmers bewahrt wird, quasi unausweichlich auf den freien Wettbewerb auswirkt.“²⁷ Im vorliegenden Fall liege aber kein besonderer rechtfertigender Umstand vor. Dies führe dazu, dass ein Unternehmen begünstigt würde, obwohl ein anderes die Dienstleistung zu einem niedrigeren Preis oder zu demselben Preis, aber zu niedrigeren Kosten, anbieten könnte, womit letztlich gegen die Neutralität verstoßen werde, die der Wettbewerb erfordert.

VIII. SCHLUSS

Es fällt auf, dass im vorliegenden Fall trotz des Umstands, dass es sich um Kraftfahrlinienverkehr handelt, nicht Fragen der Daseinsvorsorge und so auch nicht Fragen des Art 86 Abs 2 EGV (106 Abs 2 AEUV) im Mittelpunkt stehen. Vielmehr geht es um die Rechtmäßigkeit von Beschränkungen im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens über eine vorherige Genehmigung von Kraftfahrlinienverkehren. Die Frage, ob es sich bei den touristischen Verkehren um Daseinsvorsorge handelt, war daher nicht ausschlaggebend. Es wäre aber eine Fehlinterpretation der Ausführungen des Generalanwalts, würde man ein Schlupfloch darin sehen, dass für andere, nicht-touristische Verkehre das bestehende System weiterhin zur Anwendung gelangen könnte. Nach den oben erwähnten Entscheidungen zur Möglichkeit einer Konzessionerteilung nicht für die höchstmögliche Laufzeit zum Zwecke der Linienbündelung und anschließenden wettbewerblichen Vergabe der

²⁶ Dazu insb EuGH Rs 13/77, *Inno*, Slg 1977, 2115, Rz 30/35; Rs 229/83, *Leclerc*, Slg 1985, 1, Rz 14; verb Rs 209 bis 213/84, *Ministère public/Asjes*, Slg 1986, 1425, Rz 71 f; Rs 267/86, *Van Eycke*, Slg 1988, 4769, Rz 16; Rs C-219/97, *Bokken*, Slg 1999, I-6121, Rz 55. Im Zusammenhang mit dem ÖPNV s *Kahl*, Der öffentliche Personennahverkehr auf dem Weg zum Wettbewerb (2005) 389, FN 1842 mit weiteren Literaturnachweisen.

²⁷ GA in Rz 51.

Verkehrsleistungen setzt der Generalanwalt mit seinen Ausführungen den nächsten Schritt in Richtung einer vermehrten *unternehmerischen* Gestion und Verantwortlichkeit der heimischen ÖPNV-Unternehmen und zeigt einen weiteren Baustein der Marktabschottung deutlich auf. In diesem Sinne sei die letzte Fußnote des Generalanwalts hier abschließend wörtlich wiedergegeben: „Insoweit trägt – bei aller entsprechenden Vorsicht – auch der Umstand, dass es sich bei dem früheren einzigen Konzessionsnehmer, wie sich dem Vorlagebeschluss entnehmen lässt, offensichtlich um eine Vereinigung verschiedener lokaler, im Fremdenverkehrssektor tätiger Unternehmen handelt, nicht gerade dazu bei, die hinsichtlich der Rentabilitätsklausel unter dem Aspekt der Ausübung des freien Wettbewerbs bestehenden Zweifel zu beheben.“

Über den Autor:

Univ.-Prof. Dr. Arno Kahl ist am Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck tätig.

Kontaktadresse:

Innrain 52 d, 6020 Innsbruck

E-Mail:

arno.kahl@uibk.ac.at