



Bundesministerium für Verkehr,
Innovation und Technologie
zH Frau Mag. Bettina Huber
Abteilung II/ST 7
Personen- und Güterverkehr
Radetzkystraße 2
1030 Wien

Wirtschaftskammer Österreich
Abteilung für Verkehrs- und Infrastrukturpolitik
Wiedner Hauptstraße 63 | 1045 Wien
T 0590900DW | F 05909004030
E verkehrspolitik@wko.at
W wko.at/vp

Per Mail

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom GZ.BMVIT-244.017/0024-II/ST7/2010	Unser Zeichen, Sachbearbeiter Vp 25980/02/10/Mag.VO/jm 4026 Mag. Victoria Oeser	Durchwahl	Datum 17.12.2010
--	---	-----------	---------------------

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Öffentliche Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 geändert wird, und Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesgesetz über die linienmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen geändert wird; Stellungnahme

Sehr geehrte Frau Mag. Huber!

Wir danken für die Übermittelung der beiden Gesetzesentwürfe, mit denen zum einen das Öffentliche Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 (ÖPNRV-G) und zum anderen das Kraftfahrliniengesetz (Kfl-G) geändert werden sollen. Wir gehen in unserer Stellungnahme sowohl auf die ÖPNRV-G-Novelle als auch auf die KflG-Novelle ein, da die beiden Novellen miteinander in engem Zusammenhang stehen und eine gemeinsame Stellungnahme eine übersichtlichere und verständlichere Darstellung gewährleistet.

A. Allgemeine Ausführungen

Der öffentliche Personennahverkehr (ÖPNV) in Österreich kann ohne Zweifel als besonders erfolgreich und, was Qualität und Dichte des Angebotes betrifft, führend bezeichnet werden. Einzigartig ist auch die große Vielzahl der überall vor Ort ansässigen Verkehrunternehmen, die ÖPNV-Leistungen durchführen.

Die Hauptgründe für die Erfolgsgeschichte des österreichischen ÖPNV sind eine über Jahrzehnte hinweg entwickelte hochwertige ÖPNV-Infrastruktur und ein bewährter rechtlicher Ordnungsrahmen, nämlich KflG und ÖPNRV-G, auf dessen Grundlage sich unternehmerische Eigenverantwortung im ÖPNV und marktfähige Strukturen positiv für Fahrgäste und Steuerzahler auswirken.

Die vorliegenden Gesetzesentwürfe schießen jedoch weit über das Ziel hinaus, eine Konformität mit der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (in der Folge kurz PSO-VO) zu erreichen, und werden deshalb in dieser Form mit den nachfolgend angeführten Begründungen dezidiert abgelehnt. Das hier in weiterer Folge angesprochene und als Anlage beigelegte Gutachten der Kanzlei Schramm & Öhler bestätigt unserer Position vollinhaltlich. Wir sehen auch keinerlei Zeitdruck für eine Novellierung gegeben: Wie das Gutachten eindeutig ausführt, beschränkt sich das Risiko eines allfälligen Vertragsverletzungsverfahrens aufgrund der verzögerten Verabschiedung der Novelle auf den veralteten Verweis in § 1 ÖPNRV-G und ist daher insgesamt als eher gering einzustufen (s.S. 5ff).

Außerdem sehen wir durch die Entwürfe kein größeres Maß an Rechtssicherheit verwirklicht; es fehlt hingegen die Berücksichtigung grundlegender Maßnahmen wie der Schaffung eines Rechtsschutzsystems für Vergaben auf Basis der PSO-VO: Für alle Verträge, die aufgrund eines Verfahrens nach der PSO-VO abgeschlossen werden, fehlt derzeit noch ein System des Rechtsschutzes. Damit verbleibt lediglich die Anfechtung vor den Zivilgerichten. Dies wird den zuständigen Behörden als Auftraggeber nicht gerecht, da sie lange auf die Überprüfung der Rechtmäßigkeit ihrer Entscheidung warten müssen und die finanziellen, aber auch vertragsrechtlichen Auswirkungen viel schwerwiegender sind als bei der Einbindung in ein Rechtsschutzsystem analog zu Vergaben nach dem BVergG. Es ist aber auch für die beteiligten Unternehmen unbefriedigend, da deren wirtschaftliche Gebarung für die Dauer des zivilgerichtlichen Verfahrens extrem unsicher bleibt.

B. Zur Novelle des Öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999

Zu Z 2 (§ 3):

Der Entwurf unterscheidet nur zwischen kommerziellen und nicht-kommerziellen Verkehren. Der „unternehmensinitiierte Verkehr“ - wie in manchen Verkehrsverbünden üblich - wird zur Gänze negiert. Durch die Formulierungen im Gesetzesentwurf kann die in den Erläuternden Bemerkungen angeführte Wahlfreiheit der VOG (Verkehrsorganisationsgesellschaften) überhaupt nicht zum Tragen kommen (siehe auch unsere Anmerkung zu § 23 KfLG).

Forderung:

Dreiteilung der Begriffe in:

- kommerzielle Verkehre (ohne öffentliche Zuzahlungen)
- tarifgestützte Verkehre (auf Basis einer Kraftfahrlinienkonzession durch ein Verkehrsunternehmen (VU) initierter Verkehr, welcher teilweise durch öffentliche Mittel über eine Allgemeine Vorschrift im Sinne der PSO mitfinanziert wird)
- bestellte Verkehre (Vergabe erfolgt in der Regel durch ein Vergabeverfahren = Dienstleistungsauftrag)

Es ist die Klarstellung vorzunehmen, dass die Kostenersätze für die Schüler- und Lehrlingsfreifahrt nicht der PSO unterliegen und somit als Kostenersatz dem kommerziellen Bereich der Fahrgeldeinnahmen zuzurechnen sind.

- 3 -

§ 3 ist wie folgt neu zu formulieren:

- (1) **Verkehrsdienste sind im öffentlichen Schienenpersonenverkehr oder im öffentlichen Straßenpersonenverkehr (Kraftfahrliniенverkehr) erbrachte Dienstleistungen.**
- (2) **Kommerzielle Verkehre sind solche, die auf Initiative eines Unternehmers aufgenommen und ausschließlich aus privaten Einnahmen finanziert werden. Darunter sind nicht Ausgleichsleistungen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen zu verstehen.**
- (3) **Tarifgestützte Verkehre sind solche, die in der Regel auf Initiative eines Unternehmers aufgenommen und aus Tariferlösen finanziert werden. Unter Tariferlösen sind auch Fahrpreisersätze zur Gewährung von Sondertarifen für alle Fahrgäste oder bestimmte Fahrgastgruppen auf Grund allgemeiner Vorschriften im Sinne des Art 3 der Verordnung (EG) 1370/2007 zu verstehen.**
- (4) **Bestellte Verkehre sind solche, die auf Initiative eines öffentlichen Auftraggebers aufgenommen und durch über Absatz 2 und 3 hinausgehende, öffentliche Zuzahlungen finanziert werden.**

Begründung und Textvorschlag für die Erläuternden Bemerkungen: Die bisher verwendeten Begriffe „eigengemeinschaftlich“ und „gemeinwirtschaftlich“ finden sich in der VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht mehr wieder und konnten daher nicht aufrechterhalten werden. Die nunmehr vorgesehene Unterteilung orientiert sich an den Kategorien der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und schafft so Rechtssicherheit für öffentliche Auftraggeber und Verkehrsunternehmer. Ausschlaggebend ist einerseits, wer die Initiative zur Aufnahme des Verkehrs setzt, und andererseits, wer die Finanzierung desselben sicherstellt.

Zu § 3 Abs. 2: Kommerzielle Verkehre:

Diese sind in der PSO-VO in Erwägungsgrund 5 explizit und auch in Art. 1 Abs. 1 erwähnt. Sie werden auf Initiative eines Unternehmens aufgenommen und ohne jedwede Zuzahlung der öffentlichen Hand betrieben. Diese entsprechen den im Entwurf vorgesehenen kommerziellen Verkehrsdiensten des § 3 Abs. 2. Typisch kommerzielle Verkehre sind beispielsweise internationale Verkehre (Fernbusse, Fernzüge), Flughafen-Expressverkehre (Bus und Bahn) sowie Stadtrundfahrt-Linienverkehre („Hop on/Hop off“). Weitere Beispiele sind Werksverkehre sowie alle Gelegenheits- und touristischen Verkehre (siehe auch die explizite Ausnahme in Art. 1 Abs. 2 erster Satz).

Da keinerlei öffentliche Zuzahlungen geleistet werden, finden die beihilferechtlichen Vorschriften keine Anwendung. Auch die vergaberechtlichen Vorschriften greifen nicht, weil kein wie immer geartetes Vertragsverhältnis zwischen der öffentlichen Hand und dem Verkehrsunternehmen besteht. Nachdem eine Konzession nach dem österreichischen Kraftfahrliniengesetz auch nach Meinung der europäischen Kommission (Verfahren Postbus Lienz) kein ausschließliches Recht darstellt, ist daher die PSO-VO auf diese Verkehre gar nicht anwendbar.

Zu § 3 Abs. 3: Tarifgestützte Verkehre:

Diese Verkehre werden in der Regel wie kommerzielle Verkehre ebenfalls auf Initiative eines Unternehmens betrieben. Sie werden jedoch nicht ausschließlich durch private Einnahmen, sondern auch durch Fahrpreisersätze zur Gewährung von Sondertarifen für alle Fahrgäste oder bestimmte Fahrgastgruppen auf Grund allgemeiner Vorschriften im Sinne des Art. 3 der PSO-VO finanziert. Dadurch unterscheiden sie sich auch von kommerziellen Verkehren und unterliegen grundsätzlich den Vorschriften des Beihilferechts, insbesondere den diesbezüglichen Bestimmungen der PSO-VO.

Diese eigene Art von Verkehren findet ihre Grundlage in Art. 3 Abs. 2 der Verordnung. In diesem wird der öffentlichen Hand mit der allgemeinen Vorschrift eine Marktinterventionsalternative zum öffentlichen Dienstleistungsauftrag - und damit zur Ausschreibung - eingeräumt. Gemäß Art. 3 Abs. 2 der Verordnung können allgemeine Vorschriften für alle oder bestimmte Fahrgastgruppen erlassen werden. Je nach Ausgestaltung der entsprechenden Bestimmungen kommen in Österreich vor allem die Regelungen für die Schüler- und Lehrlingsfreifahrt und die Abgeltung der Ab- und Durchtarifierung dafür in Frage. Somit liegt hier eine eigene Art von Verkehren vor, weil diese weder als kommerziell bezeichnet werden kann, noch als ein bestellter Verkehr gelten kann, da derzeit eine Vielzahl der bestehenden Linienverkehre ausschließlich durch Beiträge aus der Schüler- und Lehrlingsfreifahrt allein oder mit der zusätzlichen Abgeltung der Ab- und Durchtarifierung betrieben werden.

Es wäre daher nicht zielführend, wenn die während der österreichischen EU-Ratspräsidentschaft hart erkämpfte alternative Marktinterventionsmöglichkeit der öffentlichen Hand nicht nur ungenutzt bliebe, sondern sogar durch den Bundesgesetzgeber verhindert würde. Um die Wahlfreiheit der jeweils zuständigen öffentlichen Stellen zwischen den beiden vorgesehenen Interventionsmöglichkeiten auch für die Zukunft sicherzustellen, muss daher die im Entwurf vorgesehene Zweiteilung der Verkehre aufgegeben werden und eine Einteilung in drei Kategorien vorgenommen werden. Der lapidare Verweis in den Erläuternden Bemerkungen darauf, dass die Finanzierung von Verkehrsdiensten nach allgemeinen Vorschriften im Sinne der PSO-VO nicht ausgeschlossen ist, ist jedenfalls absolut unzureichend.

Zu § 3 Abs. 4: Bestellte Verkehre:

Die Grundlage dieser Verkehre findet sich in Art 5 Abs. 3 der PSO-VO. Diese werden durch den Wunsch der öffentlichen Hand initiiert und bedürfen zusätzlich zu den privaten Einnahmen und den Beiträgen auf Grund allgemeiner Vorschriften darüber hinaus gehende öffentliche Zuschüsse. Auf Grund dieser Aspekte unterliegen diese Verkehre sowohl den beihilferechtlichen, als auch den vergaberechtlichen Bestimmungen der Verordnung und anderer einschlägiger Normen.

Typische bestellte Verkehre wären solche in strukturschwachen ländlichen (Grenz-)Regionen, Taktverdichtungen an Wochenenden und in Schwachlastzeiten, welche von Unternehmen auf Grund der fehlenden Auslastung oder Kostendeckung nicht (mehr) angeboten werden. Die Zuteilung der Verkehre auf die einzelnen Verkehrsarten hat auf Linienebene zu erfolgen.

- 5 -

Zu Z 13 und Z 18 (§ 24 Abs. 1 Z 1 und 26 Abs. 1 Z 1 bis 3):

Der Verweis auf die konkreten Gesetzesstellen sollte wegen der besseren Lesbarkeit und Verständlichkeit bestehen bleiben, da ansonsten kein direkter Bezug zu diesen Bestimmungen erkennbar ist.

Zu Z 20 (§ 26 Abs. 4):

Die Neufassung dieses Absatzes berücksichtigt lediglich die Personennahverkehre, nicht jedoch die in der alten Fassung ebenfalls enthaltenen Vorort- und Regionalverkehre. Der Absatz ist um diese Verkehre zu ergänzen, weil kein Grund ersichtlich ist, warum hier eine Einschränkung erfolgen sollte.

Zu Z 24 (§§ 30a, 30b und 30c):

Die geplante Schaffung einer Transparenzstelle, um die vielfältigen Finanzierungsströme im ÖPNV besser erfassen zu können und gleichzeitig eine effektive Übercompensationskontrolle zu ermöglichen, wird dem Grunde nach begrüßt und befürwortet. Allerdings muss die derzeit vorliegende Fassung der Novelle im Sinne einer sparsamen und effizienten Verwaltung dahingehend geändert werden, dass nur eine anstatt neun möglicher Stellen geschaffen beziehungsweise mit dieser Aufgabe betraut wird.

Aus unserer Sicht ist es dabei jedoch unabdingbar, dass die zu nennende Stelle für die Erfassung aller Zahlungsflüsse absolut unabhängig und wettbewerbsneutral sein muss. Dies ist zwar in den Erläuternden Bemerkungen verankert, jedoch nicht im Gesetzestext. In der jetzt vorliegenden Form ist zu hinterfragen, inwieweit eine Landesstelle als unabhängig und wettbewerbsneutral angesehen werden darf, wenn die zuständige Behörde ebenfalls eine Landesstelle (VOG) sein wird. Hier ist zu befürchten, dass Informationen unzulässigerweise zwischen den einzelnen Stellen ausgetauscht werden. Dabei ist unbedingt sicherzustellen, dass diese Stelle nicht gleichzeitig auch als öffentlicher Auftraggeber tätig wird oder die Funktion einer ausschreibenden Stelle wahrnimmt, weil ansonsten sensible Unternehmensdaten offengelegt werden könnten.

Wie die Diskussion der letzten Jahre über eine Neuordnung der Finanzierungsstruktur des ÖPNV gezeigt hat, bestehen über die genannten Zahlungsströme keine zusammenfassenden Informationen. Bei der Sammlung von Zahlungen von Privaten scheint überhaupt keine Rechtsgrundlage gegeben zu sein, welche auch nicht durch den Text des Entwurfes geschaffen wird.

Forderung:

Nachdem die Arbeiten zum Transparenzdatenbankgesetz (TDBG) bereits weit fortgeschritten sind und dieses ohnehin auch für alle Akteure im ÖPNV gelten soll, ist es nahe liegend und zweckmäßig, die mit dem Aufbau der Transparenzdatenbank beauftragte Bundesrechenzentrum GmbH als zentrale Meldestelle im ÖPNV vorzusehen. Nachdem dieser ohnehin alle Daten gemeldet werden müssen, würden unnötige Doppelmeldungen verhindert werden und auch das Problem der Interessenkollision und Zuständigkeit mit einem Schlag gelöst.

Auch aus diesem Grund ist mit einer Novelle des ÖPNRV-G noch abzuwarten, weil man dann in den §§ 30a ff auf den endgültig beschlossenen Gesetzesentwurf des TDBG Bezug nehmen kann. Falls für den ÖPNV-Sektor noch ergänzende Bestimmungen zum TDBG notwendig sein sollten, wären diese sinnvollerweise gleich in diesem bzw. den dazu allenfalls noch zu erlassenden Durchführungsverordnungen einzufügen.

Sollte dieser Meinung nicht gefolgt werden, wäre unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit eine klare Positionierung nötig, ob Verkehrsverbünde die notwendigen Voraussetzungen für eine „unabhängige Stelle“ im Sinne dieser Bestimmung erfüllen.

Zusätzlich schlagen wir die folgende Änderung vor:

Zu den §§ 32, 34 und 35:

In § 32 ÖPNRV-G sollte folgender Absatz 1a eingefügt werden:

(1a) Hinsichtlich § 34 lit. c sind die Gemeinden zur Einhebung der Verkehrsanschlussabgabe verpflichtet.

§ 34 ÖPNRV-G sollte lauten:

§ 34. Die Abgabe ist monatsweise oder einmalig in einer Höhe zu erheben, dass deren Ertrag die geschätzten Kosten (einschließlich Finanzierungskosten)

a) für die Errichtung des öffentlichen Verkehrsmittels zu den Betriebsanlagen,

b) für die dafür erforderlichen zusätzlichen Fahrbetriebsmittel und

c) für den Ausgleich negativer ökologischer Effekte, die mit der Erregung eines zusätzlichen Verkehrsaufkommens durch Einkaufszentren im Sinne des § 77 Abs. 5 GewO mit Ausnahme von Einkaufszentren in Stadt- und Ortskerngebieten im Sinne des § 77 Abs. 9 GewO zusammenhängen,

abzudecken in der Lage ist. Sie hat jedoch mindestens 0,07 Euro pro Quadratmeterfläche und Kalendermonat zu betragen.

§ 35 Abs. 2 ÖPNRV-G sollte lauten:

(2) Die Verpflichtung zur Entrichtung der Abgabe nach § 34 lit. a und b entfällt, wenn die Betreiber oder die zivilrechtlichen Eigentümer der Betriebsanlagen einen entsprechenden Verkehrsdienst mit Anbindung an ein öffentliches Verkehrsmittel selbst errichten und durchführen oder errichten und durchführen lassen.

Begründung:

Die Gemeinden haben von ihrer gesetzlichen Möglichkeit in § 32 Abs. 1 ÖPNRV-G 1999, eine flächenbezogene Abgabe zur Deckung der mit dem Anschluss von öffentlichen Verkehrsmitteln an Betriebsansiedlungen verbundenen Kosten vorzuschreiben (Verkehrsanschlussabgabe), in der Regel keinen Gebrauch gemacht. Es ist daher grundsätzlich dabei geblieben, dass Infrastrukturmaßnahmen, die für den wirtschaftlichen Erfolg etwa eines Einkaufszentrums notwendig sind, nicht von diesem, sondern von der öffentlichen Hand finanziert werden. Da Einkaufszentren „auf der grünen Wiese“ verkehrsgenerierend wirken, treten wir dafür ein, die Verkehrsanschlussabgabe auch zu „ökologisieren“. Einkaufszentren sollen etwa durch die Finanzierung von zusätzlichen Fahrbetriebsmitteln die Abgabe nicht mehr gänzlich, sondern nur noch zum Teil vermeiden können.

C. Zur Novelle des Kraftfahrliniengesetzes

Eingangs ist zu bemerken, dass in einigen Punkten wie der Notwendigkeit einer Strukturänderung, den Versagungsgründen von Konzessionen in § 7 und den Bestimmungen zum Verkehrsbereich in § 14 unterschiedliche Positionen der Nahverkehrsunternehmen und Busunternehmen bestehen. Aufgrund der begründeten besonderen Betroffenheit der Busunternehmen, die nicht von Art. 5 Abs. 2 PSO-VO (Inhouse-Vergabe) erfasst sind, vertreten wir die folgende Position:

1. Generelle Anmerkungen/Auswirkungen des Entwurfs

- Die Formulierung im vorliegenden Entwurf verhindert die Anwendbarkeit einer „Allgemeinen Vorschrift“ im Sinne der PSO-VO. Die ohnedies schon sehr eingeschränkten Möglichkeiten im Ordnungsrahmen des ÖPNV, die Eigenverantwortung von Verkehrsunternehmen zu implementieren, werden dadurch praktisch unmöglich gemacht.
- Durch diesen Entwurf käme es in Österreich zu einem Systemwechsel vom nachfrageorientierten Öffentlichen Verkehr (gestaltet durch die Verkehrsunternehmen) hin zu einem zentralistisch geplanten Öffentlichen Verkehr (gestaltet durch die Länder/VOG), d.h. zu einer Verstaatlichung des Regionalverkehrs. So würde durch den Entwurf die gesamte Kompetenz zur Verkehrsplanung an Gebietskörperschaften und deren Verkehrsverbünde übertragen, und den Verkehrsunternehmen verbliebe lediglich die Produktion der Kilometer. Dieser Systemwechsel wird durch die PSO-VO in keiner Weise verlangt.
- Die Planung der Verkehrsangebote würde zentral bei den VOG vorgenommen, d.h. weit weg vom Markt, und damit würde die Nähe der Verkehrsunternehmen zum Kunden nicht mehr genutzt.
- Sämtliches Know-How der Verkehrs- und Umlaufplanung, welches bei den Verkehrsunternehmen (VU) angesiedelt ist, würde verloren gehen.
- Die VOG müssen neue Planungsabteilungen aufbauen, welche in der Regel personalintensiv und somit auch kostenintensiv sind.
- Die Kosten für das Gesamtsystem Öffentlicher Verkehr würden jedenfalls steigen, da sich bei diesem Systemwechsel keinerlei Einsparungseffekte ergeben würden.
- Öffentliche Stellen, die Kostenersätze für den ÖV leisten, müssten diese künftig zwangsläufig an die VOG leisten; dann könnte auf die Mittelverwendung kein Einfluss mehr genommen werden (Beispielsweise leistet der Familientastenausgleichsfonds Kostenersatz für Schüler, damit diese eine bestimmte Strecke befahren dürfen. Der zu leistende Kostenersatz würde an die VOG bezahlt. Wofür konkret die Mittel verwendet werden, könnte dann nicht mehr nachvollzogen werden. So wäre es möglich, dass die als Kostenersatz geleisteten Zahlungen für andere Aufgaben der VOG verwendet werden. Je billiger die VOG - im Rahmen einer Ausschreibung - einkauft, desto mehr Mittel aus der Schüler- und Lehrlingsfreifahrt bleiben ihr „zur freien Verfügung“. In diesem System ist keinerlei Transparenz mehr gegeben).
- Verkehrsleistungen im Regionalverkehr könnten nur mehr im Wege einer öffentlichen Ausschreibung (Dienstleistungsvertrag) an die Verkehrsunternehmen vergeben werden.
- Dies würde zu einem Konzentrationsprozess bei den Verkehrsanbietern führen; der Mittelstand würde zwangsläufig aus diesem Marktsegment verschwinden bzw. verdrängt werden.
- Auf Seiten der Verkehrsunternehmen würde es zur Bildung von Oligopolen kommen, womit die bestehende Betreibervielfalt und KMU-Struktur im österreichischen ÖPNV verloren ginge.
- Die internationalen Erfahrungen zeigen, dass es nach einer ersten Phase des Absinkens der Kilometer-Preise zu einer überproportionalen Preissteigerung bei den angebotenen Kilometer-Preisen kommt.

- Das Ziel der Arbeit der Verkehrsunternehmen müsste künftig sein, die Verkehrsleistungen so billig wie möglich zu produzieren (Sozialdumping) und nicht mehr auf die Befriedigung der Kundenbedürfnisse ausgerichtet sein.
- Der Verzicht auf das Instrument der Allgemeinen Vorschrift (Art. 3 PSO) führt zu deutlichen Effizienzverlusten im Nahverkehrssystem. Anstatt Anreize für erlösverantwortliche Verkehrsunternehmen zu setzen, die die Unternehmen dazu motivieren, eine größtmögliche Zahl von Fahrgästen zu gewinnen, wird durch das quasi behördliche Planungsmonopol; deren Akteure keinen institutionellen Anreizen zu effizientem Verhalten unterliegen, ein per se ineffizientes System der Leistungsbestellung geschaffen.

2. Anmerkungen zum Ausschreibungswettbewerb:

Wir bekennen uns klar zu einem fairen Wettbewerb im ÖPNV, der zur Etablierung und zum Erhalt der heute bestehenden Teilnehmervielfalt führt. Wie bereits ausgeführt, können die Entwürfe diese Anforderungen nicht erfüllen.

Die bisherigen Erfahrungen zum Ausschreibungswettbewerb (Ergebnisse der Studie des Instituts für angewandte Wirtschaftsforschung und Regionalanalyse im Jahr 2005 im Auftrag des Bundesverbandes deutscher Omnibusunternehmer) zeigen sehr eindeutig:

- Entgegen der allgemeinen Annahme sind die Fahrpreise höher als in Staaten mit einem Mischsystem (wie z.B. Finnland) oder mit einem deregulierten System (Großbritannien).
- Es wird kein erheblicher Fahrgastzuwachs erreicht. Im Gegenteil dürften die Ergebnisse in deregulierten Märkten besser sein.
- Es kommt zu einem höheren öffentlichen Finanzierungsanteil (insbesondere aufgrund der erheblichen Kosten auf der Planungs- und Regieebene) als in deregulierten Ländern (z.B. Großbritannien) oder in Ländern mit Mischsystemen (wie z.B. Finnland oder Deutschland).
- Kurzfristig entstehen Kosteneinsparungen, wobei die Kosten jedoch (vermutlich aufgrund des Konzentrationsprozesses) langfristig wieder ansteigen und aufgrund der erheblichen Regiekosten den Status Quo nach der Marktbereinigung übersteigen.
- Es besteht die Gefahr, dass der Fahrgast nicht im Mittelpunkt steht, sondern der Preiswettbewerb eher zu einer Verschlechterung der Zufriedenheit führt, da Verkehrsunternehmen primär an der Einhaltung der Verkehrsdiestverträge, nicht aber am Fahrgast interessiert sind.
- Aufgrund der vergaberechtlichen Vorgaben gestaltet es sich als sehr schwierig, in der Ausschreibung das Knowhow der Verkehrsunternehmen (bei Produktentwicklung bzw. Linien- und Taktplanung) zu nutzen. Dies ergibt sich insbesondere aus der Pflicht zur genauen Vorabdefinition des Leistungsgegenstandes bzw. der Zuschlagskriterien. Aufgrund des Preisdruks im Ausschreibungswettbewerb werden das bei den Verkehrsunternehmen bestehenden Planungs- und Marketingknowhow und die dazugehörigen Ressourcen abgebaut, sodass diese Kompetenz bei den Verkehrsunternehmen verloren geht. Dies ist umso bedauerlicher, da ja gerade die Verkehrsunternehmen per se die größte Kundennähe aufweisen und durch ihre tägliche Tätigkeit auf der Straße die größte Detailkenntnis über die Verkehrsaufgaben, örtlichen Gegebenheiten, Probleme sowie deren Lösung haben. Der Verzicht auf dieses Knowhow bedeutet letztlich erhebliche Effizienzverluste im österreichischen Nah- und Regionalverkehrssystem.
- In Ausschreibungsländern ist die Kundenzufriedenheit (insbesondere hinsichtlich Sauberkeit und Pünktlichkeit) niedriger als in Ländern mit unternehmerischer Gesamtverantwortung.

Die Auswirkungen auf die Marktstruktur und den finanziellen Auswirkungen im Land Hessen, das eine seit 2003 bestehende ÖSPV-Ausschreibungspraxis hat, hat eine Studie der Conpronet (Juni 2009) ergeben:

- Die Zahlungen der Aufgabenträger pro Nutzwagenkilometer sind zunächst deutlich gesunken, wobei die Kostensenkung auf Unternehmensseite damit nicht Schritt halten konnte. Nach einem Preisverfall von 2003 bis 2006 sind seit 2006 wieder erhebliche Preisanstiege feststellbar.
- Bis zum Jahr 2006 waren vor allem solche Unternehmen in der Ausschreibung erfolgreich, die heute vom Markt verschwunden sind oder durch andere Unternehmen übernommen wurden.
- Die Regiekosten für die auf die Aufgabenträger übergegangenen Bereiche sind ein zunehmender Kostenblock und betragen zwischen 5 % und 20 % des ÖPNV-Budgets.
- Neue Markteintritte in den hessischen ÖSPV-Markt erfolgten ausschließlich durch Konzernunternehmen und öffentlichen Unternehmen. Marktaustritte sind hingegen mit ca. 20% vor allem bei mittelständischen Unternehmen am deutlichsten erkennbar.
- Vor allem internationale Konzernunternehmen konnten im Beobachtungszeitraum ihren Marktanteil auf über 30 % steigern, während mittelständische Unternehmen (nach Gewinnung von Marktanteilen in der ersten Zeit) seit 2006 unter Berücksichtigung von Subunternehmerleistungen mehr als ein Drittel ihrer Leistungen im ÖPNV verloren haben.

Jene Staaten, die als erste ein ÖPNV-Regime mit einem zentral organisierten Ausschreibungsmodell eingeführt haben, sind gerade dabei, wieder davon abzugehen und den Verkehrsunternehmen wieder mehr Verantwortung zu übertragen, weil der ÖPNV durch dieses Modell teurer und qualitativ schlechter wurde. Nur die Verkehrsunternehmen haben den direkten Kontakt zu den Fahrgästen und verfügen im Gegensatz zu aufgeblähten zentralisierten Ausschreibungsstellen über praktische Erfahrungen, Flexibilität und Ortskundigkeit.

Dass der ausschließliche Ausschreibungswettbewerb kein befriedigendes Ergebnis bewirken dürfte, zeigt sich auch daran, dass das „Ausschreibungsland“ Schweden, das die ÖPNV-Struktur seit den 70er Jahren nicht wesentlich reformierte, nunmehr eine umfassende Reform durchführt. Kernelement der Reform ist, dass unternehmensinitiierte Verkehre Vorrang vor behördennituierten Verkehren erhalten und dass Ausschreibungen seitens der Aufgabenträger nur dort erfolgen dürfen, wo ein formelles Verfahren ergeben hat, dass adäquate Leistungen auf kommerzielle Weise nicht erbracht werden können.

Warum diese Entwicklungen im Rahmen der vorliegenden Gesetzesentwürfe überhaupt keine Berücksichtigung finden, ist nicht nachvollziehbar.

3. Zur zeitlichen Umsetzung:

Ein Zeitdruck für die Novellierung besteht nicht. Wie das von uns beauftragte Gutachten eindeutig ausführt, beschränkt sich das Risiko eines allfälligen Vertragsverletzungsverfahrens auf den veralteten Verweis in § 1 ÖPNRV-G und ist daher als gering einzustufen (s.S. 5ff des Gutachtens der Kanzlei Schramm & Öhler).

Zu berücksichtigen ist darüber hinaus:

- In Deutschland ist der ÖPNV derzeit, so wie auch in Österreich, partnerschaftlich ausgerichtet. Die deutsche Bundesregierung will bei der Novelle des Personenbeförderungsgesetzes aufgrund der genannten Erkenntnisse den Vorrang kommerzieller sowie durch allgemeine Vorschriften mitfinanzierter Verkehre weiterhin

gewährleisten. Im Unterschied zu Österreich sieht man dort auch keinen Grund für eine überhastete Novellierung, sondern bereitet diese ohne Zeitdruck vor. Dieses Beispiel zeigt auch, dass ein Festhalten am bisherigen System PSO-VO-konform möglich ist.

- Eine KfLG-Reform zum jetzigen Zeitpunkt erscheint auch aufgrund des vor dem EuGH laufenden Vorabentscheidungsverfahrens (Yellow Cab) verfrüht, da dieses Urteil mit Sicherheit weitere Anpassungen notwendig machen wird. Auch die aufgrund des VfGH-Erkenntnisses zur finanziellen Leistungsfähigkeit von Unternehmen notwendigen Anpassungen fehlen im derzeitigen Entwurf.
- Vollkommen unverständlich ist überdies, dass die in eine derartige Novelle unbedingt einzuarbeitenden Vorschriften über den Berufs- und Marktzugang auf europäischer Ebene im vorliegenden Entwurf nicht berücksichtigt sind.

Grundsätzlich ist als Abschluss der allgemeinen Bemerkungen festzuhalten, dass bei einer Novellierung weiterhin vom Vorrang der unternehmensinitiierten Verkehre ausgegangen werden. Nur so kann sichergestellt werden, dass die Organisation der öffentlichen Verkehre weiterhin auf die Erfahrungen der Verkehrsunternehmer aufbauen kann und so für die Fahrgäste ein optimales Angebote geschaffen wird. Nur dort, wo der Markt kein kommerzielles Angebot zulässt (zu geringes Verkehrsaufkommen), soll im Rahmen der Daseinsvorsorge die öffentliche Hand eingreifen und politisch (sei es aus verkehrspolitischer, umweltpolitischer oder sozialpolitischer Sicht) gewünschte Verkehre im Wege von Dienstleistungsaufträgen bestellen.

Zu den einzelnen Bestimmungen im KfLG (im Kontext mit unserem Vorschlag zu § 3 ÖPNRV-G zu lesen)

Zu Z 5 (§ 2 Abs. 4):

Wenn unsere Vorschläge zu § 3 ÖPNRV-G und § 23 KfLG (Allgemeine Vorschrift) übernommen werden, wäre die Bestimmung des Entwurfs zu Abs. 4 schlüssig. Die Formulierung des vorliegenden Entwurfs jedoch zeigt wieder deutlich auf, dass die Möglichkeit der Allgemeinen Vorschrift in den Erläuternden Bemerkungen zwar erwähnt wird, im Gesetzestext jedoch keine schlüssige Berücksichtigung findet.

Festzuhalten ist auch, dass die Verkehrsdiensteverträge das Herzstück des wirtschaftlichen Gebarens der Verkehrsunternehmen sind, weshalb aber jedenfalls sicher gestellt werden müsste, dass der Verkehrsdienstevertrag selbst von der Akteinsicht durch Parteien ausgenommen wird.

Zu Z 11 (§ 7):

Eine Novellierung des § 7 zum jetzigen Zeitpunkt erscheint angesichts des laufenden Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH (Yellow Cab) sinnlos, da in diesem Verfahren der Konkurrenzschutz der wesentliche Verfahrensgegenstand ist. Die Entscheidung des Gerichtshofes sollte daher jedenfalls abgewartet werden, um den § 7 nicht zweimal knapp hintereinander novellieren zu müssen.

Unabhängig davon halten wir jedoch zur bestehenden Textierung des Entwurfs fest, dass der § 7 Abs. 1 Z 4 lit. c in der Fassung des vorliegenden Entwurfs zu einer unsachgemäßen

Differenzierung zwischen unternehmensinitiierten (kommerziellen) und behördensinitiierten (nicht kommerziellen) Verkehren führt: Nicht-kommerzielle Verkehre sollen künftig in den Genuss eines zusätzlichen, erweiterten Konkurrenzschutzes kommen, nachdem gemäß § 7 Abs. 1 Z 4 lit. c iVm § 14 Abs. 3 KflG-E die Konzession bereits dann zu versagen ist, wenn die wirtschaftliche Betriebsführung nur durch zusätzliche öffentliche Mitteln gesichert wäre. Demgegenüber soll für kommerzielle Verkehre der bisherige Konkurrenzschutz (§ 7 Abs. 1 Z 4 lit. b) iVm § 14 Abs. 2 KflG) weiterbestehen, sodass nur dann die neue Konzession zu versagen ist, wenn der Bestandskonzessionär hinsichtlich der gefährdeten Linie einen die wirtschaftliche Betriebsführung sichtlich in Frage stellenden Einnahmenausfall erleidet.

Auch mit Hilfe der Erläuterungen ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen nicht-kommerzielle Verkehre beim Konkurrenzschutz bevorzugt werden. Schließlich werden auch bei kommerziellen Verkehren Investitionen im Vertrauen auf den Bestandsschutz der erteilten Konzessionen getätigt (z.B. Betriebshöfe; Busse; zum Teil unkündbares Personal), die im Falle einer Konkurrenzierung durch Dritte nicht amortisiert beziehungsweise eingesetzt werden können. Die Bevorzugung nicht-kommerzieller Verkehre im Rahmen des Konkurrenzschutzes steht daher unserer Ansicht nach definitiv in einem Spannungsverhältnis zum verfassungsgesetzlich gewährleisteten Gleichheitssatz und zum verfassungsgesetzlich geschützten Recht auf Ausübung der Erwerbsfreiheit (Art. 2 und Art. 6 StGG) (s. auch S. 17ff des Gutachtens).

Forderung:

Wir fordern daher dasselbe Schutzniveau für kommerzielle/unternehmensinitiierte Verkehre wie für nicht-kommerzielle/behördensinitiierte Verkehre. Die Klassifizierung der Verkehre ist gemäß unseren Forderungen zu § 3 ÖPNRV-G (=Dreiteilung der Verkehre) vorzunehmen.

Zu Z 20 (§ 14):

Auch eine Novellierung des § 14 zum jetzigen Zeitpunkt scheint angesichts des laufenden Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH (Yellow Cab) sinnlos, da in diesem Verfahren der Konkurrenzschutz der wesentliche Verfahrensgegenstand ist.

Der § 14 KflG ist in enger Verbindung mit dem § 7 KflG zu sehen. In den Ziffern 2 und 3 wird das Gefährdungspotential nach § 7 näher definiert. Hier wird festgehalten, dass kommerzielle Verkehre erst dann gefährdet sind, wenn ein die wirtschaftliche Betriebsführung sichtlich in Frage stellender Einnahmenausfall eintreten würde, während bei den nicht-kommerziellen Verkehren die Gefährdung bereits dann eintritt, wenn die wirtschaftliche Betriebsführung nur durch zusätzliche Ausgleichszahlungen aus öffentlichen Mitteln gesichert wäre. Praktisch bedeutet dies einen 100%igen Schutz der nicht-kommerziellen Verkehre, während die kommerziellen Verkehre erst beim Eintritt einer Kostenunterdeckung zu schützen wären. Generell muss hier festgehalten werden, dass nicht der wirtschaftliche Erfolg des Konzessionärs schutzwürdig ist, sondern nur die Aufrechterhaltung und Qualität des ÖV, welche jedoch ohne wirtschaftlichen Hintergrund nicht gegeben sein kann.

Forderung:

Wir fordern daher dasselbe Schutzniveau für kommerzielle/unternehmensinitiierte Verkehre wie für nicht-kommerzielle/behördeninitiierte Verkehre. Die Klassifizierung der Verkehre ist gem. unseren Forderungen zu § 3 ÖPNRV-G (=Dreiteilung der Verkehre) vorzunehmen.

Aus Sicht der Nahverkehrsunternehmen wird inhaltlich angemerkt, dass bei Verkehren innerhalb von Verkehrsverbünden bzw. mit einem hohen Zeitkartenanteil oftmals die Einnahmensituation (wie in § 14 Abs. 2 angeführt) nicht die Kenngröße für den wirtschaftlichen (oder betrieblichen) Erfolg einer Kraftfahrlinie ist. Gerade bei einem sehr großen Netz, wie es Wien darstellt, ist die Kennzahl, an der sich die Ausgleichszahlungen durch den Aufgabenträger orientieren, oftmals die Platzkilometer und nicht die der Personenkilometer oder die Einnahmen. Dabei erfolgt auch oftmals eine Netzbetrachtung, sodass Beurteilungen der einzelnen Linie im innerstädtischen Bereich aus Erlössicht kaum möglich sind. Die Bestimmung des § 14 Abs. 3 könnte in all jenen Verkehrsdienstleistungsverhältnissen problematisch sein, die in Form einer Dienstleistungskonzession konzipiert sind. In diesem Fall gibt es zwar Ausgleichszahlungen der öffentlichen Hand, das wirtschaftliche Risiko, insbesondere das Einnahmenrisiko liegt jedoch überwiegend beim Verkehrsunternehmen. Solche Verträge sind daher in der Regel so aufgebaut, dass zusätzliche Ausgleichszahlungen nicht in Anspruch genommen werden können, weshalb die Führung eines Nachweises für eine ernsthafte Beeinträchtigung durch eine andere Linie in der Praxis schwierig sein könnte.

Zu Z 21 (§ 15):

Die Dauer der Konzession ist einheitlich mit 10 Jahren festzulegen. Diese Dauer entspricht der Lebensdauer eines Linienomnibusses, der je nach Kilometerleistung und Einsatzart in der Regel zwischen 10 und 12 Jahre im Einsatz steht. Mit dieser Änderung kann eine Harmonisierung der Vertragslaufzeiten, Konzessionslaufzeiten und Lebensdauer der Busse hergestellt werden. Insbesondere für kleinere Unternehmen stellen kürzere Konzessionszeiten ein Risiko dar, die markteintrittshemmend wirken und damit die Wettbewerbsintensität um Konzessionen reduzieren kann.

Forderung:

Um das VwGH-Erkenntnis Zl. 2008/03/0083 und die PSO möglichst nahtlos in das KfLG einzufügen, erachten wir es als besser, nur § 15 zu ändern. Eine Anpassung des § 37 könnte dann sogar entfallen. Um alle Bestandteile des Erkenntnisses kompakt darzustellen, wird folgender Text vorgeschlagen:

§ 15 ist wie folgt neu zu formulieren:

(1) Die Konzession zum Betrieb einer Kraftfahrlinie wird auf höchstens zehn Jahre, unter der Voraussetzung des Art 4 Abs. 3 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 auf höchstens 15 Jahre erteilt. Die Konzession kann auf einen kürzeren Zeitraum erteilt werden, wenn ein zeitlich begrenztes oder nur vorübergehendes Verkehrsbedürfnis vorliegt.

- 13 -

(2) Zur Erreichung der in § 37 Abs. 3 angeführten Ziele, kann die Konzession nur insoweit für einen kürzeren Zeitraum erteilt werden, wenn die Ziele der Bundes- und Landesplanung in der gesetzlich dafür vorgesehenen Form konkret und ausführlich festgestellt wurden und die Konzessionslaufzeitverkürzung zur Erreichung dieser Ziele geeignet ist beizutragen. Dabei sind jedoch die Interessen des Konzessionswerbers angemessen zu berücksichtigen.

(3) Die Konzession kann ferner entweder für den Betrieb während des ganzen Jahres oder für einen bestimmten Zeitraum während eines Jahres erteilt werden. Eine ohne nähere Bestimmung erteilte Konzession gilt für den Betrieb während des ganzen Jahres.

Zu Z 26 (§ 23):

Der neue § 23 Abs. 2 in Verbindung mit der Neuformulierung des § 3 ÖPNRV-G eröffnet dem Besteller die uneingeschränkte Möglichkeit, jegliche Verkehrsleistung auszuschreiben. Dass die im Entwurf als „kommerzielle Verkehrsdienste“ definierten Verkehre nicht ausgeschrieben werden dürfen, stellt praktisch keine Einschränkung der Möglichkeit/Pflicht zur Ausschreibung dar, weil diese einen verschwindenden Anteil des Kraftfahrlinienverkehrs ausmachen. In Österreich gibt es kaum einen Linienverkehr, der vollkommen ohne Zahlungen aus der Schüler- und Lehrlingsfreifahrt oder ohne Ausgleich von Ab- und Durchtarifierung auskommt.

Damit kann fast jeder Linienverkehr ausgeschrieben werden, unabhängig davon, ob der Konzessionsinhaber dort einen Bestandsverkehr führt oder nicht. Bestehende Leistungen sind auch bei aufrechter Konzession nicht mehr gesichert. Durch diese Unsicherheit werden Unternehmen in Zukunft kaum noch auf eigene Initiative Investitionen in Busse und Standorte vornehmen können, weil diese jederzeit durch eine Ausschreibung entwertet werden können. In der Konzeption dieser Bestimmung, die in laufende Konzessionen eingreift, sehen wir einen eklatanten Widerspruch zum verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauenschutz.

Auch in Umsetzung der PSO-VO ist die vorliegende Bestimmung als äußerst kritisch zu betrachten. Die dort verankerte Wahlmöglichkeit des Bestellers zwischen Ausschreibung und allgemeiner Vorschrift wird im Gesetzesentwurf völlig unzureichend behandelt. Sie wird in den Erläuternden Bemerkungen zwar ganz beiläufig erwähnt, die Formulierung im Gesetzestext lässt aber überhaupt keinen Spielraum offen (s.S. 13ff des Gutachtens). Dabei wäre die Allgemeine Vorschrift eine gute Möglichkeit, die Verteilung der Mittel aus der Schüler- und Lehrlingsfreifahrt sowie die Abgeltung der Ab- und Durchtarifierung in Verkehrsverbünden rechtssicher zu gestalten.

Gemäß Art. 3 Abs. 1 PSO dürfen von den zuständigen Behörden „ausschließliche Rechte und/oder Ausgleichsleistungen gleich welcher Art für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen“ nur über einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag vergeben werden, der gemäß Art. 5 PSO grundsätzlich ausschreibungspflichtig ist. Abweichend von Art. 3 Abs. 1 PSO können jedoch gemäß Art. 3 Abs. 2 PSO Ausgleichsregelungen zur Festsetzung von Höchstarifen für alle oder bestimmte Gruppen von Fahrgästen, die unterschiedslos für alle Verkehrsunternehmen in einem bestimmten Gebiet gelten, auch Gegenstand allgemeiner Vorschriften sein, für die keine Ausschreibungspflicht besteht. Diesfalls gelten für die Berechnung der Ausgleichsleistungen die strengeren Vorschriften des Art. 6 PSO und des Anhangs zur PSO.

Der Entwurf zu § 3 Abs. 2 ÖPNRV-G definiert kommerzielle Verkehrsdienste als „solche, die weder gänzlich noch teilweise durch Ausgleichszahlungen aus öffentlichen Mitteln finanziert werden“, während gemäß § 3 Abs. 3 ÖPNRV-G nicht-kommerzielle Verkehrsdienste solche sind, „die nicht unter Abs. 2 fallen“. Aus der Begriffsdefinition ist daher klar ersichtlich, dass jegliche Ausgleichszahlung (gleich welcher Art) bewirkt, dass ein nicht-kommerzieller Verkehrsdienst vorliegt. Somit bewirken auch Ausgleichszahlungen, welche aufgrund allgemeiner Vorschriften erfolgen könnten, die Einstufung als nicht-kommerzieller Verkehr.

Während § 23 Abs. 1 des vorliegenden Entwurfs die Bestellung zusätzlicher Kurse auf bestehenden Kraftfahrlinien regelt, normiert Abs. 2 die Bestellung nicht-kommerzieller Verkehrsdienste. Da jedoch gemäß Entwurf des § 3 Abs. 3 ÖPNRV-G ein nicht-kommerzieller Verkehrsdienst auch bei Ausgleichszahlungen aufgrund allgemeiner Vorschriften vorliegt, sind Verkehrsdienste, die derartige Ausgleichszahlungen erhalten, gemäß des neuen § 23 Abs. 3 KfLG auszuschreiben. Für diese Auslegung spricht auch, dass gemäß § 23 Abs. 2, 2. Satz KfLG ein geeigneter Personenkraftverkehrsunternehmer zu ermitteln ist, während Allgemeine Vorschriften per definitionem für alle Verkehrsunternehmen in einem bestimmten Gebiet gelten. Auch aus den Erläuterungen zu § 2 Abs. 5 KfLG entsteht der Eindruck, dass aus Sicht des Gesetzgebers Ausgleichszahlungen nur durch öffentliche Dienstleistungsaufträge und nicht durch allgemeine Vorschriften gewährt werden können. Wenn nun argumentiert werden sollte, dass sich § 23 Abs. 2 KfLG nur auf die Bestellung von Verkehrsdiensten und nicht auf allgemeine Ausgleichszahlungen beziehe, dann ist dem entgegenzuhalten, dass für allgemeine Ausgleichszahlungen auch der Begriff der „Tarifbestellungen“ verwendet wird und wie erwähnt ein Verkehrsdienst mit Tarifbestellungen jedenfalls als nicht-kommerzieller Verkehrsdienst iSd neuen § 3 Abs. 3 ÖPNRV-G anzusehen wäre, sodass keinesfalls eine klare und eindeutige Regelung vorliegt. Somit kann auf Basis des Wortlautes des § 23 Abs. 2 KfLG nicht ausgeschlossen werden, dass Ausgleichszahlungen aufgrund allgemeiner Vorschriften als nicht-kommerzielle Verkehrsdienste ausschreibungspflichtig sind.

Laut den Erläuterungen beabsichtigt jedoch der Gesetzgeber, den Aufgabenträgern zu ermöglichen, an Stelle der Ausschreibung von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen auf das Institut der Allgemeinen Vorschrift zurückzugreifen, was jedenfalls auch im Gesetzesstext verankert werden sollte. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die Option der allgemeinen Vorschriften bereits durch die unmittelbar anwendbare PSO-VO vorgegeben wird: Gemäß Art 3 Abs. 2 PSO-VO können zwar gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zur Festsetzung von Höchsttarifen auch Gegenstand allgemeiner Vorschriften sein, sie müssen es aber nicht. Insofern kann nicht ausgeschlossen werden, dass den Mitgliedsstaaten in Bezug auf die Verwendung allgemeiner Vorschriften ein Ermessen eingeräumt wird, und sie daher die Verwendung allgemeiner Vorschriften auch verbieten können.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die (in den Erläuterungen zum Ausdruck kommende) Absicht des Gesetzgebers, den Aufgabenträgern die Wahlfreiheit zu überlassen, sich im Gesetz nicht wiederfindet, sodass die Anwendung allgemeiner Vorschriften im Gegenteil verunmöglich wird.

Die Bindung der Konzession an die Bestandsdauer des Verkehrsdienstleistungsvertrags wird begrüßt, da es ein Auseinanderklaffen zwischen Konzession und Vertrag verhindert.

Forderung:

- Anpassung der Klassifizierung der Verkehre gem. unserer Forderung zu ÖPNRV-G zu § 3 (= Dreiteilung der Verkehre)
- Vorrang der kommerziellen und unternehmensinitiierten Verkehre vor nicht-kommerziellen Verkehren (siehe Anmerkungen zu § 7 und § 14 und die Vorbemerkungen zum KfLG)
- Einführung eines förmlichen Markttestverfahrens um zu klären:
 - a) wird ein kommerzieller bzw. ein tarifgestützter Verkehr für diese Strecke angeboten, und
 - b) stehen der Erteilung einer nicht-kommerziellen Konzession (bestellter Verkehr) sonstige Gründe im Weg. Nach der Durchführung dieses Markttestverfahrens kann gegebenenfalls ausgeschrieben werden und dem Gewinner der Ausschreibung eine Kraftfahrlinienkonzession nach § 23 Ziffer (3) erteilt werden.

Das förmliche „Markttest“-Verfahren wäre wie folgt zu gestalten:

- Zunächst hat der Aufgabenträger seine Absicht zur Einleitung eines Vergabeverfahrens zu bekunden und hat insbesondere die beabsichtigten Verkehrsdienste einschließlich der beabsichtigten Ausgleichsleistungen detailliert zu beschreiben.
- Daraufhin haben Verkehrsunternehmen die Möglichkeit, kommerzielle Konzessionsanträge zu stellen, die dem vom Aufgabenträger avisierten Leistungsbild weitgehend entsprechen.
- Langen innerhalb einer festzulegenden Frist keine Konzessionsanträge ein, kann der Aufgabenträger das Vergabeverfahren bzw. das Konzessionsverfahren einleiten.

§ 23 ist wie folgt neu zu formulieren:

(Die Verweise auf das ÖPNRV-G beziehen sich auf die vorgeschlagene Textversion):

1. *Werden über das bestehende Fahrplanangebot einer Kraftfahrlinie hinaus Kurse von einem öffentlichen Auftraggeber gewünscht, so hat der Besteller oder die für diesen tätig werdende Stelle die anwendbaren Bestimmungen des Vergaberechts sowie der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 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). In diesen Fällen ist jedoch der Konzessionsinhaber nicht für ein etwaiges Fehlverhalten des Auftragnehmers der Aufsichtsbehörde gegenüber verantwortlich, sondern ausschließlich der Auftragnehmer selbst.*
2. *Will ein öffentlicher Auftraggeber Verkehrsdienste gemäß § 3 Abs. 4 ÖPNRV-G bestellen, die über die in Absatz 1 genannten Kurse hinausgehen, so dürfen diese bei sonstiger Nichtigkeit im Sinne der vergaberechtlichen Bestimmungen nur dann in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren beschafft werden, wenn diese nicht durch bestehende oder beantragte*
 - a) *kommerzielle Verkehre (§ 3 Abs. 2 ÖPNRV-G) und/oder*
 - b) *tarifgestützte Verkehre (§ 3 Abs. 3 ÖPNRV-G)**abgedeckt sind oder obige wirtschaftlich ernsthaft beeinträchtigen. Die beabsichtigte Leistungsbestellung ist durch gesonderte öffentliche Bekanntmachung zeitgerecht vorab anzukündigen. In diesem Fall hat der Besteller oder die für diesen tätig werdende Stelle unter Berücksichtigung der anwendbaren Bestimmungen des Vergaberechts sowie der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 einen geeigneten Personenkraftverkehrsunternehmer zu ermitteln.*

Zu Z 27 (§ 27 Z 3):

Der Entfall der Wortfolge „ohne vorherige zeitgerechte Einbringung eines Antrags auf Konzessionswiedererteilung (§ 29)“ ist äußerst kritisch zu sehen. Die derzeit geltende Bestimmung bringt für alle an einem Kraftfahrlinienverkehr Beteiligten ausschließlich Vorteile:

- der Verkehrsunternehmer hat Rechtssicherheit
- die Behörde hat weniger Aufwand (keine unnötige Erlassung von Mandatsbescheiden)
- der Besteller hat die Sicherheit, dass der von ihm bestellte Verkehr auch durchgehend gefahren werden kann
- die Fahrgäste können weiter auf eine durchgehende Verkehrsbedienung vertrauen.

Forderung:

Die Streichung der genannten Passage würde zum Wegfall dieser Vorteile führen und ist daher inakzeptabel.

Zu Z 39 (§ 37):

Wir verweisen auf unseren Textvorschlag zu § 15, wonach sich die Regelung in § 37 Abs. 3 erübrigen würde. Sollte dieser Vorschlag nicht aufgegriffen werden, schlagen wir eine Ergänzung dahingehend vor, dass die Bundes- und Landesverkehrsplanung aber auch die Verkehrsbedürfnisse der Kommunen in gleichem Ausmaß berücksichtigt, da die Aufgabenträgerschaft für den ÖPNV bei Ländern und Gemeinden liegt.

Zu Z 53 (§ 52 Abs. 4):

Diese Bestimmung ist unverständlich formuliert. Sie kann eigentlich nur Anträge auf Wiedererteilung von Konzessionen betreffen, nicht aber etwaige Anträge auf Streckenänderung oder gar Neuanträge. Dies sollte jedoch deutlicher formuliert werden.

Zusätzlich schlagen wir folgende Änderung vor:

Zu § 22 KfG:

Derzeit ist in § 22 KfG immer noch die Begrenzung der Übertragung im Auftragsverkehr gegeben. Wir schlagen aus Gründen der Rechtssicherheit folgende Formulierung vor:

Forderung:

§ 22 Abs. 2 2. Satz sollte lauten:

Die Genehmigung ist zu verweigern,

a) wenn der in Aussicht genommene Betriebsführer den in § 7 Abs. 1 Z 1 und 2 angeführten Voraussetzungen nicht entspricht, oder

b) wenn der Konzessionsinhaber bereits für ein Drittel der ihm konzessionierten Kraftfahrlinien die Führung des Betriebes übertragen hat oder zur Gänze im Auftragsverkehr führen lässt, oder

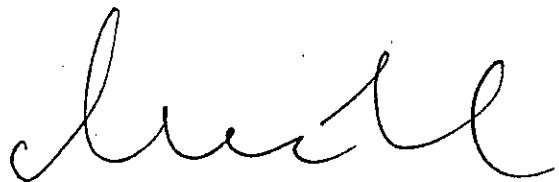
c) wenn der im wettbewerblichen Verfahren ermittelte Konzessionsinhaber weniger als einen bedeutenden Teil der bestellten Verkehrsdienele selbst erbringt (entsprechend der Bestimmung in EU-VO 1370/2007 Art. 4 Abs. 7), oder

- 17 -

d) wenn der im Wege einer Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 2 der EU-VO 1370/2007 ermittelte Konzessionsinhaber weniger als den überwiegenden Teil der Verkehrsdienste selbst erbringt (entsprechend der Bestimmung EU-VO 1370/2007 Art 5, Abs. 2 lit. e).

Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüße



Dr. Christoph Leitl
Präsident



Mag. Anna Maria Hochhauser
Generalsekretärin

Anlage

SCHRAMM ÖHLER
R E C H T S A N W Ä L T E

Gutachten

zur geplanten Anpassung
des KfI G und des ÖPNRV-
G aufgrund der EU-VO
1370/2007

September 2010

Dr. Johannes Schramm MBL
Dr. Matthias Öhler
Dr. Georg Zellhofer
Mag. Gregor Stickler
Dr. Dagmar Malin

im Auftrag der Wirtschaftskammer Österreich

Inhalt

I.	Executive Summary	3
II.	Ausgangsposition und Rechtsfragen	4
III.	Risiko eines Vertragsverletzungsverfahrens bei verzögertem Erlass der Kflg-/ÖPNRV-G - Novelle5	
IV.	Exkurs: Ausschreibungswettbewerb versus Unternehmensinitierter Wettbewerb.....	10
V.	Evaluierung des derzeitigen Entwurfs der KflG-/ÖPNRV-G Novelle.....	13
1.	Evaluierung in Bezug auf Allgemeine Vorschriften iSd PSO.....	13
2.	Evaluierung in Bezug auf den Konkurrenzschutz	17
2.1	Gleicher Konkurrenzschutz für kommerzielle und nicht-kommerzielle Verkehre	17
2.2	Unklare Gesetzeslage hinsichtlich des Konkurrenzschutzes gegenüber neuen nicht-kommerziellen Verkehren	18
3.	Evaluierung von § 23 Abs 2 KflG-E in Bezug auf die PSO-Vorgaben zu gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen	20
4.	Evaluierung in Bezug auf den Rechtsschutz	21
VI.	Zusammenfassung.....	22

I. EXECUTIVE SUMMARY

Das **Risiko eines allfälligen Vertragsverletzungsverfahrens** aufgrund der verzögerten Verabschiedung der Novelle beschränkt sich auf den veralteten Verweis in § 1 ÖPNRV-G und ist daher insgesamt als **eher gering einzustufen**.

Im ÖPNV treten **die von Ausschreibungen beabsichtigten Effekte oftmals nicht ein**. Zahlreiche Mitgliedstaaten setzen daher den Fokus auf unternehmensinitiierte Verkehre.

Der **derzeitige Gesetzesvorschlag** (§ 23 Abs 2 KfLG-E) **verhindert** die Gewährung von Ausgleichszahlungen über **allgemeine Vorschriften**. Um die **Anwendung allgemeiner Vorschriften zu ermöglichen**, sind die in Rz 25ff dargestellten **Formulierungsvorschläge umzusetzen**. Dabei werden die Begriffspaare kommerzielle / nicht-kommerzielle Verkehrsdienste durch die Begriffspaare unternehmensinitiierte / behördeninitiierte Verkehrsdienste ersetzt, wobei die unternehmensinitiierten Verkehrsdienste über allgemeine Vorschriften (ko-)finanzierte Verkehre mit einschließen.

In Bezug auf den Konkurrenzschutz (§ 7 iVm § 14 KfLG) soll **dasselbe Schutzniveau für unternehmensinitiierte wie für behördeninitiierte Verkehre** vorgesehen werden. Weiters soll in § 23 Abs 3 KfLG klargestellt werden, dass der Konkurrenzschutz nicht nur gegenüber neuen unternehmensinitiierten, sondern auch gegenüber neuen behördeninitiierten Verkehren gilt.

Behördeninitiierte Verkehrsdienste dürfen nur dann beschafft werden, wenn diese Verkehrsdienste nicht durch unternehmensinitiierte Verkehrsdienste abgedeckt werden können. Dazu ist der Ausschreibung ein förmliches „**Markttest**“-Verfahren vorzuschalten.

Das Vorliegen der objektiven **Versagungsgründe des § 7 KfG** (insbesondere in Bezug auf den Konkurrenzschutz) sollte von der Konzessionsbehörde zwingend bereits **vor der Ausschreibung** geprüft und **mit Bescheid festgestellt** werden.

II. AUSGANGSPOSITION UND RECHTSFRAGEN

- 1 Die am 03.12.2009 in Kraft getretene Verordnung 1370/2007¹ („PSO“) verfolgt das Modell eines regulierten Wettbewerbs und sieht vor, dass öffentliche Dienstleistungsaufträge iSd PSO grundsätzlich in einer Ausschreibung zu vergeben sind. Ausgleichsregelungen zur Festsetzung von Höchsttarifen für alle oder bestimmte Gruppen von Fahrgästen können hingegen auch Gegenstand allgemeiner Vorschriften sein, die unterschiedslos für alle Verkehrsunternehmen in einem bestimmten Gebiet gelten („allgemeine Vorschriften“) und nicht ausschreibungspflichtig sind.
- 2 In den derzeitigen Entwürfen zur Novelle des Kraftfahrliniengesetzes (im Folgenden: **KflG-E**) bzw zur Novelle des Öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrsgesetzes 1999² (**ÖPNRVG-E**) sieht § 3 ÖPNRVG-E vor, dass jegliche Art von öffentlicher Zuzahlung bewirkt, dass ein nicht-kommerzieller Verkehr vorliegt; zugleich bestimmt § 23 Abs 1 und 2 KflG-E, dass nicht-kommerzielle Verkehre auszuschreiben sind. Aus Sicht des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie ist eine rasche Novellierung des KflG und des ÖPNRVG erforderlich, weil ansonsten ein Vertragsverletzungsverfahren drohe.
- 3 Gutachtensgegenstand sind die folgenden Themen:
 - Wie hoch ist das Risiko eines allfälligen Vertragsverletzungsverfahrens im Falle einer verzögerten Verabschiedung der Novelle des KflG bzw des ÖPNRVG einzuschätzen bzw in welchen Punkten besteht ein solches Risiko?
 - Darstellung der Erfahrungen mit unternehmensinitiierten Verkehren gegenüber der Organisation des ÖPNV ausschließlich über Ausschreibungen
 - Evaluierung der derzeitigen Entwürfe zum KflG / ÖPNRVG im Hinblick auf
 - a. Allgemeine Vorschriften: Prüfung, ob das vom Gesetzgeber in den Erläuterungen genannte Ziel der Wahlfreiheit zwischen Ausschreibung und Allgemeiner Vorschrift erreicht wird; allenfalls Formulierungsvorschläge;
 - b. Regelungen zum Konkurrenzschutz;
 - c. gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen;
 - d. Rechtsschutz.

¹ Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und Nr. 1107/70 des Rates, ABl 2007 L 31/5.

² BGBl. I 204/99.

III. RISIKO EINES VERTRAGSVERLETZUNGSVERFAHRENS BEI VERZÖGERTEM ERLASS DER KFLG-/ÖPNRV-G - NOVELLE

- 4 Gemäß Art. 249 EGV bzw. Art. 288 AEUV haben Verordnungen allgemeine Geltung, sind in allen ihren Teilen verbindlich und gelten unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat. Ein **Transformationsakt** zur Umsetzung in nationales Recht ist in aller Regel **nicht erforderlich und kann sogar unzulässig sein**, weil damit der Geltungsgrund der Verordnung in Frage gestellt würde.³ Um eine uneinheitliche Auslegung des EU-Rechts in den Mitgliedsstaaten zu vermeiden, sind **auch nationale Regelungen zur Interpretation der Tragweite einer Verordnung unzulässig.**⁴
- 5 Die Mitgliedsstaaten sind aber andererseits dazu verpflichtet, die geeigneten innerstaatlichen Maßnahmen zu erlassen, um die uneingeschränkte Anwendbarkeit einer Verordnung zu gewährleisten, wenn dies erforderlich ist.⁵. Sofern im Zuge solcher Maßnahmen aus Gründen der Kohärenz mit dem nationalen Rechtsbestand auch Teile der Verordnung übernommen werden, liegt allein dadurch noch kein Verstoß gegen das EU-Recht vor.⁶ Zu beachten ist ferner, dass gelegentlich auch die Mitgliedsstaaten zur **Erlassung von ergänzenden oder konkretisierenden staatlichen Durchführungsmaßnahmen ausdrücklich verpflichtet oder ermächtigt** werden („unvollständige“ oder „hinkende“ Verordnungen)⁷. In diesen Fällen ist die Verordnung punktuell nicht unmittelbar anwendbar.
- 6 Die PSO ist in folgenden Punkten nicht direkt anwendbar und bedarf insofern einer innerstaatlichen Umsetzung:
 - Die Direktvergabeoptionen des Art 5 Abs 2 und Abs 4 bis 6 PSO (zB an interne Betreiber oder im Schienenverkehr), da diese nur dann gelten „*sofern dies nicht nach innerstaatlichem Recht untersagt ist*“. Diesbezüglich liegt es daher im Ermessen der Mitgliedstaaten, ob sie strengeres Recht vorsehen oder die PSO-Ausnahmen nützen wollen. Österreich hat mit der BVergG-Novelle 2010 klargestellt, dass die PSO-Ausnahmen nicht durch strengeres innerstaatliches Recht untersagt werden.⁸

³ EuGH Rs 94/77, *Zerbone*.

⁴ EuGH Rs C-162/99, *Kommission/Italien* Rn 22; EuGH Rs 94/77 *Zerbone*, RN22,27.

⁵ EuGH Rs C-54/91, *Deutschland/Kommission*, Rn 38; Rs C-52/95, *Kommission/Frankreich* Rn 28; vgl dazu *Biervert* in *Schwarze* (Hg) EU-Kommentar Rz 21 zu Art 249 bzw. *Hetmeier* in *Lenz/Borchardt* (HG) EU-Verträge Kommentar⁵. Rz 8 zu Art 288.

⁶ EuGH RS 272/83, *Kommission/Italien* RN 26ff

⁷ Vgl *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht² (2001) 58 letzter Absatz.

⁸ Da im BVergG bislang auch bei nichtprioritären Dienstleistungen und Dienstleistungskonzessionen eine Direktvergabe nur bis €40.000,-- zulässig war, wurde mit der Novelle 2010 klargestellt, dass die Direktvergabebestände der PSO anwendbar sind und nicht durch strengeres innerstaatliches Recht verdrängt werden.

- In Bezug auf Art 5 PSO, der als „Kernbestimmung“ die Ausschreibungspflicht öffentlicher Dienstleistungsaufträge und einen dem Vergaberecht vergleichbaren Rechtsschutz normiert, besteht eine Übergangsfrist bis 3.12.2019 (Art 8 Abs 2 PSO).
- 7 Alle anderen Bestimmungen der PSO sind daher grundsätzlich unmittelbar anzuwenden und bedürfen grundsätzlich keiner innerstaatlichen Umsetzung.
- 8 Daher betrifft der Großteil der Änderungen im **KflG-E** lediglich redaktionelle Änderungen⁹ bzw Änderungen ohne Bezugnahme auf die PSO¹⁰. Nur in einzelnen Bestimmungen wird auf die PSO Bezug genommen, ohne dass dies von der PSO verlangt wird.¹¹
- 9 Ähnlich ist die Situation im **ÖPNRVG-E**: auch dort sind zahlreiche Änderungen ausschließlich redaktioneller Natur,¹² die meisten Änderungen sind ohne direkten Bezug zur PSO.¹³ Lediglich die **Z 1**, die

⁹ Z 1-4; 6-10; 13,14, 17-19, 25, 29-35; 37, 41 bis 51.

¹⁰ Dies betrifft die (sämtliche §§ beziehen sich im Folgenden auf das KflG):

- **Z 5** (§ 2 Abs 5- zeitliche Begrenzungen für Wiedererteilung von Konzessionen: Antragstellung hat zwischen 12 bis 6 Monaten vor dem beantragtem Gültigkeitszeitraum zu erfolgen; ausgenommen Anträge gemäß § 23 Abs 2);
- **Z 12** (§ 8 - Prüfpflicht der Behörde hinsichtlich der Eignungsvoraussetzungen iSd § 7 Abs 1 Z 1);
- **Z 15** (Entfall § 13 Abs 2 – Feststellung Straßeneignung);
- **Z 16** (neuer § 13 Abs 3 - Feststellung Straßeneignung);
- **Z 24** (neuer § 18 Abs 2 – Erfordernis des Sitzes/Niederlassung von Unternehmen anderer EU-Staaten vor Betriebsaufnahme);
- **Z 27** (§ 27 Z 3 - Konzession erlischt mit Ablauf der Konzessionsdauer);
- **Z 28** (§ 29 Abs 2 - vorzugsweise Berücksichtigung von Schienen-, Ersatz-, und Nachfolgeverkehren; wobei die Konkurrenzschutzrechte iSd § 7 unberührt bleiben; Anpassung an die Neufassung von § 7);
- **Z 36** (§ 36 – Entfall der Pflicht zur Vorlagepflicht der Fahrpreise an das BMVIT, wenn diese bei grenzüberschreitenden Verkehren gesondert bekannt gegeben wurden);
- **Z 38** (§ 37 Abs 3: Aufsichtsbehörden haben nunmehr auch zur Erreichung der konkreten Ziele der Bundes- und Landesverkehrsplanung beizutragen (bislang nur Beachtenspflicht); weiters sind nunmehr auch die Interessen der Verkehrsunternehmer angemessen zu berücksichtigen);
- **Z 40** (§ 39 Abs 2 Z 4 - Nutzungsmöglichkeit von Fahrzeugen des Mietwagengewerbes auch im grenzüberschreitenden Kraftfahrlinienverkehr im Grenzgebiet);
- **Z 52** (§ 52 Abs 4 – die neue Bestimmung des § 2 Abs 5 (Konzessionswiedererteilungsanträge zwischen 12 und 6 Monaten vor Beginn zu stellen) gilt nicht für jene Konzessionen, deren Dauer bei Inkrafttreten der KflG-Nov maximal ein Jahr beträgt.

¹¹ Dies betrifft die (sämtliche §§ beziehen sich im Folgenden auf das KflG):

- **Z 11** (§ 7 - Versagungsgründe; Konkurrenzschutz);
- **Z 20** (§ 14 - Neudeinition des Verkehrsbereichs / Konkurrenzschutzes);
- **Z 21** (§ 15 – Konzessionsdauer);
- **Z 26** (§ 23 – bei der Bestellung nicht-kommerzieller Verkehrsdienele iSd § 3 Abs 3 ÖPNRVG ist neben dem Vergaberecht auch die VO 1370/2007 zu beachten). Dazu ist zu bemerken, dass **die bisherige Formulierung („unter Beachtung der anwendbaren Bestimmungen des Vergaberechts“) nicht abschließend zu verstehen ist** und daher **weder die Bestimmungen der PSO noch andere Bestimmungen des öffentlichen Rechts oder Zivilrechts ausschließt**. Die PSO beinhaltet auch vergaberechtliche Bestimmungen, auf die § 23 Abs 1 und 2 KflG primär abzielen. Die vorgeschlagene **Ergänzung** ist daher ohne Zweifel **sinnvoll**, aber **iSd Kohärenz nicht zwingend notwendig**.

¹² Z 6, 9, 22, 23, 25, 27, 28, 29.

¹³ Dies betrifft die (sämtliche §§ beziehen sich im Folgenden auf das ÖPNRVG-G):

- **Z 3** (Entfall § 5 Abs 2; dieser legte fest, dass für eigenwirtschaftliche Verkehre die Bestimmungen des § 19 Abs 1 und 3 sowie die Bestimmungen des III Abschnittes nicht anzuwenden sind). Der Entfall von § 5 Abs 2 wird in den EB damit begründet, dass die Definition der Eigenwirtschaftlichkeit entfällt und § 19 Abs 1 und 3 sowie Abschnitt III bereits konsumiert sind.
- **Z 4** (Entfall § 6, der bestimmt, dass die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes über den Abschluss von Verkehrsdiestverträgen (Bestellungen) auf Unternehmen, die ausschließlich iSd VO 1191/69 Stadt- und Vorortverkehre durchführen nicht, anzuwenden sind. Die PSO hingegen differenziert nicht zwischen Stadt-, Vorort und Regionalverkehren; § 6 ist daher obsolet geworden; es ist allerdings nicht ersichtlich, inwiefern eine Beibehaltung des § 6 gegen die PSO verstößen würde, da eine **Nichtanwendung der „Bestimmungen des ÖPNRVG über die Bestellung**

Z 2, Z 5 und die **Z 24** ÖPNRVG-E nehmen auf die PSO Bezug und werden im Folgenden näher untersucht:

- **In Z 1** (Anpassung § 1) wird ein Verweis auf die VO 1191/69 durch einen Verweis auf die VO 1370/2007 ersetzt. § 1 ÖPNRVG sieht vor, dass dieses Bundesgesetz die „*organisatorischen und finanziellen Grundlagen für den Betrieb des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrs (Verkehr im ländlichen Raum) unter Beachtung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26. Juni 1969 in der Fassung der Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 des Rates vom 20. Juni 1991 sowie die Struktur und den Aufgabenbereich von Verkehrsverbünden*“ festlegt. Eine Korrektur dahingehend, dass nunmehr die VO 1370/2007 zu beachten ist, ist iSd Kohärenz erforderlich; allerdings ist § 1 ÖPNRVG wohl nur als **programmatische Bestimmung** zu sehen, die den Normadressaten (Verkehrsunternehmen, Aufgabenträger, Gebietskörperschaften) **keine Rechte oder Pflichten** auferlegt.
 - **In Z 5** wird § 7 2. Satz dahingehend geändert, dass von der Zuständigkeit des Bundes zur Sicherstellung eines Grundangebotes im Schienenpersonennah- und Regionalverkehr nunmehr diejenigen Verkehrsunternehmen ausgenommen sein sollen, die ausschließlich Verkehrsdiene
-

von Verkehrsdienesteverträgen“ nicht im Widerspruch zur PSO steht, da diesen Bestimmungen keine eigenständige vergaberechtliche Bedeutung zukommt. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Gesetzgeber iRd Novelle 2005 (BGBI I 2006/12) § 23 KflG dahingehend angepasst hat, dass bei der Bestellung gemeinwirtschaftlicher Kurse bzw zusätzlichen Kursbestellungen bzw bei der Bestellung die anwendbaren Bestimmungen des Vergaberechts zu beachten sind; dem § 6 kommt daher keine eigenständige vergaberechtliche Bedeutung zu (ansonsten wäre auch § 6 ÖPNRVG anzupassen gewesen). Ebenso ist davon auszugehen, dass die (nunmehr aufgehobene) VO 1191/69 keine eigenständige Ausschreibungspflicht normierte, sondern sich dies aus den in der VO 1191/69 vorgegebenen Verkehrsdienesteverträgen in Verbindung mit dem allgemeinen Vergaberecht ergibt, vgl dazu *Kahl*, Der öffentliche Personennahverkehr auf dem Weg zum Wettbewerb (2005), 361 mwN.

- **Z 7** (Neufassung § 11 erster Satz [„*Aufgabe der Länder und Gemeinden ist die auf Basis des Angebotes gemäß § 7 vorzunehmende Planung einer nachfrageorientierten Verkehrsdiestleistung (Reduzierung, Ausweitung oder Umschichtung von Verkehrsleistungen) unter Einbeziehung der in § 31 angeführten Kriterien.*“] - Entfall des Verweises auf die §§ 10 und § 20, da diese §§ laut EB schon konsumiert sind);
- **Z 8** (§ 12 - Streichung des Verweises auf § 10, da dieser laut EB bereits konsumiert ist);
- **Z 10** (19 Abs 3 - laut EB schon konsumiert);
- **Z 11** (Überschrift vor § 24: „*Unternehmen die ausschließlich Personennahverkehre betreiben*“);
- **Z 12** (§ 24 - Finanzmittel iSd § 24 stehen nur Unternehmen, die ausschließlich Personennahverkehre betreiben, zu);
- **Z 13** (§ 24 Abs 1 Z 1 - Finanzzuweisungen aus dem Finanzausgleich ohne Zitat des FAG);
- **Z 14** (§ 24 Abs 2 - zusätzliche Mittel unter der Bedingung der Ko-finanzierung);
- **Z 15** (§ 25 - Finanzzuweisungen aus dem Finanzausgleich ohne genaues Zitat des FAG);
- **Z 16** (vor § 26 (Zwischenüberschrift „*Unternehmen, die Personennah- und Regionalverkehr betreiben*“));
- **Z 17** (§ 26 Abs 1 - Anpassung Einleitungssatz [Finanzmittel iSd § 26 stehen Unternehmen die Personennah- und Regionalverkehre betreiben zu]);
- **Z 18** (§ 26 Abs 1 Z 1-3 - Finanzzuweisungen aus dem Finanzausgleich ohne genaues Zitat des FAG; Entfall der Einschränkung auf Tarifbestellungen in Z 2 a);
- **Z 19** (§ 26 Abs 3, 1. Satz (zusätzliche Mittel unter der Bedingung der Ko-finanzierung);
- **Z 20** (Entfall des Verweises auf die VO 1191/69 in § 26 Abs 4);
- **Z 21** (Entfall § 27; dieser normiert, dass das BMVIT die für Sondertarife bereitstehenden Mittel iSd § 3 BundesbahnG weiterhin als Direktbestellung durch den Bund zu verwenden hat; nach den EB stellt § 27 lediglich eine Präzisierung von § 26 Abs 1 Z 2 dar und ist daher entbehrlich);
- **Z 26** (§ 38a – dynamische Verweisung auf andere Bundesgesetze).

Die **Differenzierung der Finanzierung** im bestehenden ÖPNRVG-G zwischen **Unternehmen** die vom **Anwendungsbereich der VO 1191/69** ausgenommen sind (Unternehmen, die ausschließlich Stadt- und Vorortverkehr betreiben, § 24 ff) und **Unternehmen, die der VO 1191/69 unterliegen** (Unternehmen auch Regionalverkehr betreiben; für diese gelten die §§ 26ff) widerspricht uE nicht der PSO, da sich eine differenzierende Finanzierungsregelung auch auf eine aufgehobene VO beziehen kann und in den §§ 24- 28 kein Widerspruch zur PSO zu finden ist.

im Personennahverkehr erbringen; bislang hingegen waren Unternehmen ausgenommen, die vom Anwendungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 in der Fassung Nr. 1893/91 ausgenommen sind (dh Unternehmen, die ausschließlich Stadt- und Vorortverkehr betreiben). Da es sich hierbei lediglich um eine interne mitgliedstaatliche Zuständigkeitsregelung handelt und die PSO auch keine abweichenden Vorgaben beinhaltet, **würde eine (vorläufige) Beibehaltung des § 7 2. Satz nicht im Widerspruch zur PSO stehen.**

- In **Z 24** (neue §§ 30a bis c)) ist die Schaffung einer Transparenzbehörde vorgesehen. Da die PSO keinerlei Vorgaben über die Art und Weise der Informationsbeschaffung enthält, bleibt es den Aufgabenträgern (zuständigen Behörden) überlassen, die zur Vermeidung der Überkompensation erforderlichen Informationen beim Verkehrsunternehmen und/oder anderen Stellen einzuholen. Die **Schaffung einer Transparenzbehörde** ist zweifellos iSd Wettbewerbsneutralität sinnvoll, **wird jedoch nicht von der PSO verlangt**, sodass ein verspäteter Erlass oder ein Nicht-Erlass der §§ 30a bis 30c nicht im Widerspruch zur PSO stehen kann.
- In **Z 2** (Neufassung § 3) wird an Stelle der bisherigen Unterscheidung eigenwirtschaftliche/gemeinwirtschaftliche Verkehre die Definition kommerzielle/nicht kommerzielle Verkehre verwendet. Dies deshalb, weil gemäß Art 3 Abs 1 PSO **Ausgleichszahlungen gleich welcher Art** nur im Rahmen eines **auszuschreibenden öffentlichen Dienstleistungsauftrages** gewährt werden dürfen; keine **Ausschreibungspflicht** besteht lediglich (1) für Ausgleichsleistungen zur Festsetzung von Höchstarifen für alle oder bestimmte Gruppen von Fahrgästen gemäß Art 3 Abs 2 und 3 und (2) im Rahmen der Direktvergabeoptionen des Art 5 Abs 2 und 4 bis 6 PSO. Demgegenüber sieht § 23 KfLG in der bisherigen Fassung eine Ausschreibungspflicht nur für gemeinwirtschaftliche Verkehre iSd § 3 ÖPNRV-G vor, wobei allerdings verbundbedingte Fahrpreisersätze und Tarifbestellungen der öffentlichen Hand keine Gemeinwirtschaftlichkeit bewirken. Nach Ansicht von *Aicher/Lessiak* ist § 3 ÖPNRV-G anpassungsbedürftig.¹⁴ Zu beachten ist dabei jedoch, dass Art 5 PSO, der als „Kernbestimmung“ der PSO die Ausschreibungspflicht öffentlicher Dienstleistungsaufträge und einen dem Vergaberecht vergleichbaren Rechtsschutz normiert, gemäß der Übergangsfrist des Art 8 Abs 2 PSO **erst ab 3.12.2019 unmittelbar anwendbar ist**: Neben dem klaren Wortlaut des Art 8 Abs 2 UAbs 1 Satz 1 ergibt sich dies auch daraus, dass UAbs 1 Satz 2 davon spricht, dass die Mitgliedsstaaten während dieses Übergangszeitraums Maßnahmen treffen, um Art 5 *schrittweise anzuwenden*; dies wäre aber nicht erforderlich, wenn die Übergangsphase ohne mitgliedsstaatliche Maßnahmen gar nicht anwendbar wäre.¹⁵ Auch die Europäische Kommission vertritt diese Ansicht: „*Des weiteren kann während der 10-jährigen Übergangsfrist die strikte*

¹⁴ So auch *Aicher/Lessiak*, PSO-Gutachten (2008) Seite 11f.

¹⁵ Dementsprechend sieht auch der Arbeitsentwurf des deutschen BMVBS vom 27.08.2008 einen ausdrücklichen vollständigen Verzicht auf die Übergangsphase vor.

Anwendung der Bedingungen des Art 5 der VO 1370/2007 durch eine schrittweise Anpassung bis zum 3.12.2019 ersetzt werden.¹⁶

- 10 Ansonsten finden sich weder im KfLG-E noch im ÖPNRVG-E Verweise auf die PSO und es werden auch nicht indirekt Bestimmungen der PSO konkretisiert. Daher widerspricht lediglich der Verweis in der programmatischen Bestimmung des § 1 ÖPNRV-G der PSO; allerdings ordnet diese Bestimmung uE dem einzelnen Normadressaten keine Rechte oder Pflichten zu. Hinsichtlich der Unterscheidung in § 3 ÖPNRV-G zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren gilt folgendes: selbst wenn man annimmt, dass diese Differenzierung nicht den Vorgaben der PSO entspricht, führt dies zum heutigen Zeitpunkt zu keinen der PSO widersprechenden Rechtsfolgen, da die Ausschreibungspflicht des Art 5 PSO nur schrittweise bis zum 3.12.2019 umgesetzt werden muss. Wenngleich daher KfLG und ÖPNRV-G aktualisiert werden sollten, beschränkt sich das Risiko eines allfälligen Vertragsverletzungsverfahrens aufgrund der verzögerten Verabschiedung der Novellen (unter der Annahme, dass die vorgeschlagenen Novellen von KfLG und ÖPNRV-G PSO-konform sind) auf den veralteten Verweis in § 1 ÖPNRV-G und ist daher insgesamt als eher gering einzustufen.

- 11 Das Risiko eines Vertragsverletzungsverfahrens dürfte wohl auch die Bundesrepublik Deutschland als gering einschätzen, da trotz In-Kraft-Treten der PSO mit 3.12.2009 auch in Deutschland noch keine Novelle des Personenbeförderungsgesetzes erlassen wurde; vielmehr wird ein überarbeiteter Entwurf erst für Oktober / November 2010 erwartet, das Inkrafttreten der Novelle des PBefG ist (laut einem internen Entwurf des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung) erst für 1.1.2012 vorgesehen.

- 12 Ungeachtet dessen wäre - um innerstaatlich bis zur Erlassung der KfLG und ÖPNRV-G-Novellen für größtmögliche Rechtssicherheit zu sorgen – zu erwägen, in einem Rundschreiben an alle Gebietskörperschaften auf das In-Kraft-Treten der VO 1370/2007 und das Außerkrafttreten der VO 1191/69 hinzuweisen sowie Anwendung von KfLG und ÖPNRV-G bis zum Erlass der Novelle zu erläutern. In ähnlicher Weise hatte etwa die Bundesrepublik Deutschland den Zeitraum zwischen dem Umsetzungsdatum der Vergaberrichtlinien 2004/17 und 2004/18 bis zum Erlass der nationalen Umsetzung „überbrückt“.¹⁷ Darin wurden die (aufgrund des Ablaufs der Umsetzungsfrist) direkt anwendbaren RL-Bestimmungen angeführt und der Rechtsstand bis zur Umsetzung erläutert.¹⁸

¹⁶ Schreiben der EU Kommission vom 25. Juni 2009 in Beantwortung einer Anfrage des Bundeskanzleramt-Verfassungsdienstes, DG TREN/A3/IS/am D(2009)56375, DG Markt/C3/RW. Vgl weiters die Rechtsansicht der deutschen Bundesregierung: „Nach Artikel 8 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 muss die Vergabe von Aufträgen für den öffentlichen Verkehr auf Schiene und Straße ab 3. Dezember 2019 im Einklang mit Artikel 5 erfolgen. Vor diesem Zeitpunkt vergebene Aufträge – und Gleiches gilt nach Auffassung der Bundesregierung für Genehmigungen nach dem PBefG – bleiben gültig, auch wenn sie außerhalb eines transparenten und diskriminierungsfreien Genehmigungsverfahrens im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vergeben worden sein sollten.“ Anfragenbeantwortung der Deutschen Bundesregierung, Drucksache 16/7405-16/7664 vom 21.12.2007 im Hinblick auf die Anpassung des deutschen PBefG an die VO 1370/2007, abrufbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/076/1607644.pdf>

¹⁷ Für Die RL 2004/17 siehe <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/rundschreiben-zur-richtlinie-2004-17-eg.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf> ; für die RL 2004/18 siehe

IV. EXKURS: AUSSCHREIBUNGSWETTBEWERB VERSUS UNTERNEHMENSINITIIERTER WETTBEWERB

- 13 Die unterschiedlichen Varianten zur Wettbewerbsgenerierung im öffentlichen Straßenpersonenverkehr („ÖSPV“) wurden in einer Studie des Instituts für angewandte Wirtschaftsforschung und Regionalanalyse im Jahr 2005 im Auftrag des Bundesverbandes deutscher Omnibusunternehmer (BDO) erfasst und dargestellt. Dabei wurde zwischen 3 Szenarien unterschieden:
- **Szenario A - Marktorientierte Liberalisierung (zB Großbritannien):** An Stelle des Wettbewerbs um den Markt (um die Konzession) tritt der Wettbewerb auf dem Markt. Es besteht ein freier Zugang für alle Unternehmen zu allen Linien. Linien, Fahrpläne und Fahrpreise bedürfen keiner Genehmigung.¹⁹
 - **Szenario B: bedarfsgerechter Wettbewerb (zB Finnland):** In diesem Szenario haben die Verkehrsunternehmen die unternehmerische Verantwortung für den ÖSPV und entscheiden selber über ihr Angebot; erst wenn die Unternehmen keine wirtschaftliche Basis für die eigenverantwortliche Verkehrsverbindung sehen, schreibt der Staat die betreffenden Linien aus.
 - **Szenario C: staatlich geführter Ausschreibungswettbewerb (zB Dänemark / Schweden, seit 2005 Hessen):** Der gesamte ÖSPV wird durch den Staat bzw. die Aufgabenträger geplant, organisiert und verantwortet. Die Aufgabe der Verkehrsunternehmen beschränkt sich weitgehend auf eine „Carrier“-Funktion. Dabei erfolgt die Neuvergabe von Leistungen nur über Ausschreibungen mit detaillierten Lastenheften (als Netto- oder Bruttovertrag); die Beziehungen zwischen Aufgabenträger und VU werden ausschließlich über Verkehrsdiestverträge geregelt. Leistungen anderer staatlicher Stellen fließen dem Aufgabenträger zu, der über die Verwendung entscheidet. Konzessionsrechtliche Genehmigungen werden erst im Anschluss an das Vergabeverfahren erteilt und sind lediglich die öffentlich-rechtliche Umsetzung des in der Ausschreibung erzielten Ergebnisses.
- 14 Die Studie kam zu dem Ergebnis, dass in Ländern (wie zB Schweden und Dänemark), in denen der ÖSPV **ausschließlich über Ausschreibungen** organisiert wurde,

<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/rundschreiben-zur-richtlinie-2004-18-eg.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>

¹⁸ Hintergrund war, dass die Vergabерichtlinien 2004/17 und 2004/18 bis 31.1.2006 umgesetzt werden hätten müssen; eine Teilumsetzung in deutsches Recht erfolgte verspätet mit 1.11.2006 (Änderung der Vergabeverordnung und die VOB/A 2006, VOL/A 2006 sowie VOF 2006); erst am 24.4.2009 (Inkrafttreten des Gesetzes zu Modernisierung des Vergaberechts) wurden die Vergabерichtlinien vollständig umgesetzt.

¹⁹ Im Rahmen von Qualitätspartnerschaften verpflichten sich die öffentliche Hand (zB Busspuren, Bushaltestellen, Umsteigeanlagen) einerseits und die Verkehrsunternehmen andererseits (zB Fahrzeug- und Servicequalität, Linien- und Fahrplangestaltung, Fahrscheinangebot und Tarife) zu bestimmten Maßnahmen. Scheitert eine Qualitätspartnerschaft, kann der Aufgabenträger den betreffenden Verkehr als „quality contract“ ausschreiben.

- (entgegen der allgemeinen Annahme) die **Fahrpreise höher** sind als in Staaten mit einem Mischsystem (wie zB Finnland) oder mit einem deregulierten System (Großbritannien).
 - **kein erheblicher Fahrgastzuwachs** erreicht wurde; im Gegenteil dürften die Ergebnisse in deregulierten Märkten besser sein.
 - **ein höherer öffentlicher Finanzierungsanteil besteht** (insbesondere aufgrund der erheblichen Kosten auf der Planungs- und Regieebene²⁰) als in deregulierten Ländern (zB Großbritannien) oder in Ländern mit Mischsystemen (wie zB Finnland oder Deutschland).²¹
 - **kurzfristig Kosteneinsparungen entstanden**, wobei die Kosten jedoch (vermutlich aufgrund des Konzentrationsprozesses²²) langfristig wieder ansteigen und aufgrund der erheblichen Regiekosten den Status Quo nach der Marktbereinigung übersteigen.
 - die Gefahr besteht, dass der **Fahrgast nicht im Mittelpunkt** steht, sondern der Preiswettbewerb eher zu einer Verschlechterung der Zufriedenheit führt, da Verkehrsunternehmen primär an der Einhaltung der Verkehrsdiensteverträge, nicht aber am Fahrgäst interessiert sind („leere Busse sparen Reinigungskosten“).
 - es aufgrund der vergaberechtlichen Vorgaben sehr **schwierig ist, in der Ausschreibung das Know How der Verkehrsunternehmen** (iRd Produktentwicklung bzw der Linien- und Taktplanung) **zu nutzen**. Dies ergibt sich insbesondere aus der Pflicht zur genauen Vorabdefinition des Leistungsgegenstandes bzw der Zuschlagskriterien. Aufgrund des Preisdrucks im Ausschreibungswettbewerb werden die bei den Verkehrsunternehmen bestehenden Planungs- und Marketingabteilungen abgebaut, sodass diese Kompetenz bei den Verkehrsunternehmen verloren geht.
 - In Ausschreibungsländern ist die **Kundenzufriedenheit** (insbesondere hinsichtlich Sauberkeit und Pünktlichkeit) niedriger als in Ländern mit unternehmerischer Gesamtverantwortung.
- 15 Mit den **Auswirkungen auf die Marktstruktur und den finanziellen Auswirkungen** der im Land Hessen seit 2003 bestehenden ÖSPV-Ausschreibungspraxis hat sich eine Studie der Conpronet (Juni 2009); beschäftigt, die u.a. zu folgenden Ergebnissen kam:²³

²⁰ Die Studie schätzt diese Kosten auf 15% - 25% an den ÖPNV-Gesamtkosten.

²¹ In GB werden im Vergleich die niedrigsten staatlichen Zuschüsse gezahlt (32% insgesamt, außerhalb London 18%).

²² In den Ausschreibungsländern Schweden und Dänemark beherrschen wenige große Unternehmen den Markt, da mit einem flächendeckenden staatlichen ÖPNV mit Ausschreibungswettbewerb die Vielfalt der Verkehrsunternehmen rapide abnimmt.

²³ Im Auftrag des BDO bzw. der DB Stadtverkehr. Hinzuweisen ist darauf, dass von Aufgabenträgern in Auftrag gegebene Studien mitunter zu konträren Ergebnissen kommen.

- Die Zahlungen der Aufgabenträger pro Nutzwagenkilometer sind zunächst deutlich gesunken, wobei die Kostensenkung auf Unternehmensseite damit nicht Schritt halten konnte. Nach dem Preisverfall 2003 bis 2006 sind seit 2006 **erhebliche Preisanstiege** feststellbar.²⁴
 - Bis zum Jahr 2006 waren vor allem solche Unternehmen in der Ausschreibung erfolgreich, die heute vom Markt verschwunden sind oder durch andere Unternehmen übernommen wurden.
 - Die **Regiekosten** für die auf die Aufgabenträger übergegangenen Bereiche sind ein zunehmender Kostenblock und betragen **zwischen 5 % und 20 % des ÖPNV-Budgets**.²⁵
 - Neue Markteintritte in den hessischen ÖSPV-Markt erfolgten ausschließlich von Konzernunternehmen und öffentlichen Unternehmen. **Marktaustritte sind hingegen mit ca. 20% vor allem bei mittelständischen Unternehmen** am deutlichsten erkennbar.
 - Vor allem **internationale Konzernunternehmen** konnten im Beobachtungszeitraum ihren **Marktanteil auf über 30 %** steigern, während **mittelständische Unternehmen** (nach Gewinnung von Marktanteilen in der ersten Zeit) seit 2006 unter Berücksichtigung von Subunternehmerleistungen²⁶ **mehr als ein Drittel** ihrer Leistungen im ÖPNV **verloren** haben.
- 16 Dass der ausschließliche Ausschreibungswettbewerb kein befriedigendes Ergebnis bewirken dürfte, zeigt sich auch daran, dass das „Ausschreibungsland“ Schweden, das die ÖPNV-Struktur seit den 70er Jahren nicht wesentlich reformierte,²⁷ nunmehr eine umfassende Reform durchführt. Kernelement der Reform ist, dass **unternehmensinitiierte Verkehre Vorrang vor behördeneinisierten Verkehren erhalten** und dass Ausschreibungen seitens der Aufgabenträger nur dort erfolgen dürfen, wo ein formelles Verfahren ergeben hat, dass adäquate Leistungen auf kommerzielle Weise nicht erbracht werden können.²⁸

²⁴ Wenngleich die finanziellen Folgen mangels verfügbarer Daten vor dem Ausschreibungszeitraum nicht erhoben werden konnten, zeigte sich mit den ersten Ausschreibungen ein deutlicher Preisverfall ab 2003; jedoch stiegen die Preise bereits 2006 auf um 7,6% an; im darauffolgenden Jahre war ein nochmaliger Preisanstieg um 16,8% zu verzeichnen, sodass auch unter Berücksichtigung der Inflation deutliche Steigerungen ersichtlich sind.

²⁵ Bei der Frankfurter traffiq haben sich die Kosten von 2002 bis 2007 mehr als verdoppelt. Finanziell liegen Regiekosten in Ballungszentren höher als in ländlichen Gebieten.

²⁶ Aufgrund erheblicher Marktanteilsverluste musste die DB Stadtverkehr die Subunternehmerbeauftragungen an die zumeist mittelständischen Unternehmen einschränken, das Leistungsvolumen der mittelständischen Unternehmen im Subunternehmermarkt ist um zwei Drittel eingebrochen.

²⁷ In diesem Zeitraum stieg der Marktanteil im ÖPNV auf Strasse und Schiene in diesem Zeitraum von 15 auf knapp über 20% anstieg, wobei der Marktanteil im Busverkehr jedoch stagnierte.

²⁸ Zunächst sollen die Aufgabenträger ihre Strategie in ihrem örtlichen Zuständigkeitsbereich („transport services statement“) veröffentlichen, in dem angeführt wird, welche Leistungen die Behörde als angemessene Versorgung mit Verkehrsdiensten ansieht. Im zweiten Schritt können Verkehrsunternehmen die lokale Behörde von den beabsichtigten kommerziellen Leistungen informieren. In einem dritten Schritt führt die lokale Ausschreibungsbehörde Ausschreibungen durch für Leistungen, bei denen keine kommerziellen Verkehre angemeldet wurden. Mit der beabsichtigten Reform soll ermöglicht werden, dass der **Kunde mehr individuelle Wahlmöglichkeiten hat, um so durch seine Entscheidungen den Transportmarkt aktiv zu beeinflussen**. Umgekehrt sollen Verkehrsunternehmen mehr Möglichkeiten haben, ihre Dienste an die Kundenbedürfnisse anzupassen. Zugleich ist ein langfristiger Ansatz erforderlich, um Stabilität und Nutzerfreundlichkeit zu gewährleisten. Die öffentliche Hand soll dabei auch sozial benachteiligte Gruppen über direkte Subjektförderungen unterstützen. Die öffentliche Hand zieht sich von der bisherigen eher operativen Rolle auf eine strategische Rolle zurück. Es sollen vor allem Dienstleistungskonzessionen abgeschlossen werden, bei denen das Verkehrsunternehmen direkt für die Kunden (ähnlich wie bei rein kommerziellen

- 17 Eine ähnliche Entwicklung zeichnet sich in Deutschland im Rahmen der Umsetzung der PSO ab. So hatte das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung (BMVBS) am 27.08.2008 den Bundesländern und Verbänden einen ersten „Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung personenbeförderungsrechtlicher Vorschriften“ zur Stellungnahme übersendet, der neben dem PBefG auch das AEG, das SGB 1X sowie das Regionalisierungsgesetz an die PSO anpassen soll. Nach dem Entwurf hätten jedoch behördeneinizierte Verkehre (also solche die durch Ausschreibung erfolgt sind) Vorrang vor unternehmensinitiierten kommerziellen Verkehren gehabt. Dies wird in der künftigen Novelle des PBefG jedoch nicht mehr enthalten sein, vielmehr wird darin unternehmensinitiierten Verkehren (einschließlich mit allgemeinen Ausgleichszahlungen finanzierten Verkehren) der Vorrang eingeräumt.²⁹

V. EVALUIERUNG DES DERZEITIGEN ENTWURFS DER KFLG-/ÖPNRV-G NOVELLE

1. EVALUIERUNG IN BEZUG AUF ALLGEMEINE VORSCHRIFTEN ISD PSO

- 18 Gemäß Art 3 Abs 1 PSO dürfen von den zuständigen Behörden „ausschließliche Rechte und/oder Ausgleichsleistungen gleich welcher Art für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen“ nur über einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag vergeben werden, der gemäß Art 5 PSO grundsätzlich ausschreibungspflichtig ist.³⁰ Abweichend von Art 3 Abs 1 PSO können jedoch gemäß Art 3 Abs 2 PSO **Ausgleichsregelungen zur Festsetzung von Höchsttarifen** für alle oder bestimmte Gruppen von Fahrgästen, die unterschiedslos für alle Verkehrsunternehmen in einem bestimmten Gebiet gelten, auch Gegenstand **allgemeiner Vorschriften** sein, für die keine Ausschreibungspflicht besteht. Diesfalls gelten für die Berechnung der Ausgleichsleistungen die strengeren Vorschriften des Art 6 PSO und des Anhangs zur PSO.
- 19 § 3 Abs 2 ÖPNRVG-E definiert kommerzielle Verkehrsdienste als „*solche, die weder gänzlich noch teilweise durch Ausgleichszahlungen aus öffentlichen Mitteln finanziert werden*“, während gemäß § 3 Abs 3 ÖPNRVG-E nicht-kommerzielle Verkehrsdienste solche sind, „*die nicht unter Abs. 2 fallen*“. Aus

Verkehren) verantwortlich ist. Neben Zuzahlungen soll die öffentliche Hand auch ausschließliche Rechte vergeben können. Zugleich ist sicherzustellen, dass die einzelnen Verkehrsdienste miteinander über das Netz verbunden sind (Haltestellenvorgaben, Verpflichtung zur Teilnahme eines an einem offenen und koordinierten Informations-, Zahlungs- und Reservierungssystem, Verpflichtung zur Teilnahme an sonstigen Kooperationen, um Unterbrechungen zu vermeiden; Vorabmitteilung vor dem Quartalsende über die Zurücknahme von Leistungen, damit die Verkehrsdienste für den Kunden vorhersehbar sind, etc.). Die Infrastruktur (Haltestellen etc.) soll auf nicht diskriminierender Basis allen Verkehrsunternehmen offen stehen und wenn möglich im Eigentum der öffentlichen Hand stehen.

²⁹ Barth, PBefG-Novelle: Neue interne Überlegungen aus dem Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung v. 19.07.2010, abrufbar unter www.bbgundpartner.de.

³⁰ Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht sind in Art 5 Abs 2 und Abs 4 bis 6 PSO enthalten. Das PSO-Vergaberegime gilt für Dienstleistungskonzessionen, nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge (Eisenbahn, U-Bahn), Ausschließlichkeitsrechte und Zuschussverträge. Prioritäre Dienstleistungsaufträge (Bus, Straßenbahn) sind gem Art 5 Abs 1 PSO weiterhin nach den Vergaberichtlinien zu vergeben. Vgl Zellhofer, Die neue ÖPNV-Verordnung und ihre Abgrenzung zum Vergaberecht, in: Schramm/Aicher (Hrsg), Vergaberecht und PPP IV (2006) 133f; Aicher/Lessiak, PSO-Gutachten (2008) Seite 134f.

der Begriffsdefinition ist daher klar ersichtlich, dass **jegliche Ausgleichszahlung** (gleich welcher Art) bewirkt, dass ein **nicht-kommerzieller Verkehrsdienst** vorliegt. Somit bewirken auch Ausgleichszahlungen aufgrund allgemeiner Vorschriften die Einstufung als nicht-kommerzieller Verkehr.

20 § 23 Abs 2 KfLG-E lautet wie folgt:

(1) *Werden über das vorgesehene Fahrplanangebot einer Kraftfahrlinie hinaus Kurse bestellt, so hat der Besteller oder die für diesen tätig werdende Stelle die anwendbaren Bestimmungen des Vergaberechts sowie der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 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).*

(2) *Sollen in den nicht in Absatz 1 genannten Fällen nicht-kommerzielle Verkehrsdienste (§ 3 Abs. 3 ÖPNRV-G 1999) im Kraftfahrlinienverkehr bestellt werden, so dürfen diese Verkehrsdienste nur dann in einem Vergabeverfahren beschafft werden, wenn diese Verkehrsdienste nicht durch kommerzielle Verkehrsdienste (§ 3 Abs. 2 ÖPNRV-G 1999) abgedeckt sind. In diesem Fall hat der Besteller oder die für diesen tätig werdende Stelle unter Berücksichtigung der anwendbaren Bestimmungen des Vergaberechts sowie der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 einen geeigneten Personenkraftverkehrsunternehmer zu ermitteln.*

21 Während daher Abs 1 die Bestellung zusätzlicher Kurse auf bestehenden Kraftfahrlinien regelt, normiert Abs 2 die Bestellung nicht-kommerzieller Verkehrsdienste. Da jedoch gemäß § 3 Abs 3 ÖPNRVG-E ein nicht-kommerzieller Verkehrsdienst auch bei Ausgleichszahlungen aufgrund allgemeiner Vorschriften vorliegt, sind Verkehrsdienste, die derartige Ausgleichszahlungen erhalten, gemäß § 23 Abs 3 KfLG-E auszuschreiben. Für diese Auslegung spricht auch, dass gemäß § 23 Abs 2, 2. Satz KfLG-E *ein geeigneter Personenkraftverkehrsunternehmer zu ermitteln* ist, während Allgemeine Vorschriften per definitionem für *alle* Verkehrsunternehmen in einem bestimmten Gebiet gelten. Auch aus den Erläuterungen zu § 2 Abs 5 KfLG-E entsteht der Eindruck, dass aus Sicht des Gesetzgebers Ausgleichszahlungen nur durch öffentliche Dienstleistungsaufträge und nicht durch allgemeine Vorschriften gewährt werden können.³¹ Wenn nun argumentiert werden sollte, dass sich § 23 Abs 2 KfLG-E nur auf die *Bestellung von Verkehrsdiensten* und nicht auf allgemeine Ausgleichszahlungen beziehe, dann ist dem entgegenzuhalten, dass für allgemeine Ausgleichszahlungen auch der Begriff der „Tarifbestellungen“ verwendet wird und wie erwähnt ein Verkehrsdienst mit Tarifbestellungen jedenfalls als nicht-kommerzieller Verkehrsdienst iSd3 Abs 3 ÖPNRV-E anzusehen wäre, sodass keinesfalls eine klare und eindeutige Regelung vorliegt. Somit kann auf Basis des Wortlautes des § 23 Abs 2 KfLG-E nicht ausgeschlossen werden, dass Ausgleichszahlungen aufgrund allgemeiner Vorschriften als nicht-kommerzielle Verkehrsdienste ausschreibungspflichtig sind.

22 Demgegenüber wird in den Erläuterungen zu § 23 KfLG-E folgendes festgehalten:

³¹ Vgl die Erläuterungen zu § 2 Abs 4 bis 6: „Wenn die zuständigen Behörde zur Ansicht kommt, dass Strecken oder Linien ohne Ausgleichszahlungen aus öffentlichen Mitteln auf Dauer nicht wirtschaftlich geführt werden können und daher bestellt werden müssen, so ist sie verpflichtet, spätestens ein Jahr vor Einleitung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens oder ein Jahr vor einer Direktvergabe diesbezügliche Informationen im Amtsblatt der EU zu veröffentlichen (Informationspflicht des Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007)“

Die Unterscheidung in kommerzielle Verkehrsdienste und nicht-kommerzielle Verkehrsdienste (§ 3 Abs. 2 und 3 ÖPNRV-G 1999) schafft kein Präjudiz für die Frage, ob es im Rahmen der nicht-kommerziellen Verkehrsdienste wiederum Verkehrsdienste gibt, die auf Initiative eines Verkehrsunternehmens aufgenommen werden. Ebenso schließt diese Unterscheidung nicht aus, dass solche, auf Initiative eines Verkehrsunternehmens aufgenommene Verkehrsdienste nach allgemeinen Vorschriften im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 finanziert werden. Es liegt daher einzig in der gemäß dieser Verordnung gegebenen grundsätzlichen Wahlfreiheit der Behörde, Ausgleichszahlungen entweder im Rahmen von allgemeinen Vorschriften (Art. 2 lit. l und Art. 3 Abs. 2 leg. cit.) oder im Rahmen öffentlicher Dienstleistungsaufträge zu gewähren. (Hervorhebung durch den Verfasser)

- 23 Nach den Erläuterungen beabsichtigt daher der Gesetzgeber, den Weg zur Anwendung allgemeiner Vorschriften nicht zu versperren. Zu beachten ist dabei aber, dass nach der herrschenden Lit und Rsp bei der Interpretation von Gesetzen primär von deren Wortlaut auszugehen ist; wenn der objektive Ausdruck deutlich ist, so ist er maßgeblich, unabhängig davon, ob der (subjektive) Wille des historischen Gesetzgebers damit übereinstimmt, divergiert oder überhaupt undeutlich ist. Nur mögliche Alternativen und Unklarheiten im Text sind durch Rekurs auf den Willen des historischen Gesetzgebers zu lösen (subjektive Interpretation).³² Der äußerst mögliche Wortsinn steckt die Grenze jeglicher Auslegung ab.³³ Wenn der Gesetzgeber daher den Aufgabenträgern ermöglichen will, an Stelle der Ausschreibung von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen auf das Institut der Allgemeinen Vorschrift zurückzugreifen, sollte er dies auch im Gesetzesstext verankern. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Option der allgemeinen Vorschriften bereits durch die unmittelbar anwendbare PSO vorgegeben wird: gemäß Art 3 Abs 2 PSO können gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zur Festsetzung von Höchsttarifen auch Gegenstand allgemeiner Vorschriften sein, sie müssen es aber nicht. Insofern kann nicht ausgeschlossen werden, dass den Mitgliedsstaaten in Bezug auf die Verwendung allgemeiner Vorschriften ein Ermessen eingeräumt wird, und sie daher die Verwendung allgemeiner Vorschriften auch verbieten können.
- 24 Als **Zwischenergebnis** ist daher festzuhalten, dass die (in den Erläuterungen zum Ausdruck kommende) Absicht des Gesetzgebers, den Aufgabenträgern die **Wahlfreiheit** zu überlassen, Ausgleichsleistungen über öffentliche Dienstleistungsaufträge oder über allgemeine Vorschriften zu gewähren, im Gesetz keinen Niederschlag findet, sodass die Anwendung allgemeiner Vorschriften im Gegenteil verunmöglich wird. Daher wird im Folgenden ein **Vorschlag zur Berücksichtigung allgemeiner Vorschriften** formuliert:

³² Walter/Mayer/Kucska-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 132.
³³ Vgl. zB VwGH 25.2.2004, 99/13/0135; 19.05.1994, 92/15/0174.

25 In Anlehnung an die Entwicklung in Deutschland³⁴ sollte Verkehren, die ausschließlich durch Fahrgeldeinnahmen und/oder durch allgemeine Vorschriften iSd PSO finanziert werden („unternehmensinitiierte Verkehre) der Vorrang vor ausgeschriebenen Verkehren („behördeninitiierte Verkehre) eingeräumt werden. Nur dann, wenn darüber hinaus öffentliche Dienstleistungsaufträge vergeben werden müssen, um das gewünschte Verkehrsangebot zu erhalten, ist eine Behördeninitiative erforderlich. Um Verwechslungen mit den Begriffen kommerziell / Nicht kommerziell zu vermeiden, wäre es sinnvoll, in § 3 ÖPNRV-G auf die Begriffe der unternehmensinitiierten und behördeninitiierten Verkehre abzustellen:

2. § 3 lautet:

„§ 3. (1) Verkehrsdienste sind im öffentlichen Schienenpersonenverkehr oder im öffentlichen Straßenpersonenverkehr (Kraftfahrlinienverkehr) erbrachte Dienstleistungen.

(2) Als unternehmensinitiierte Verkehrsdienste gelten Verkehrsdienste, die durch Beförderungserlöse sowie durch Erträge aus Allgemeinen Vorschriften im Sinne des Art 3 Abs 2 oder 3 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 finanziert werden und die daher nicht im Wege eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 erbracht werden.

(3) Für über Abs 2 hinausgehende Verkehrsdienste können die zuständigen Behörden Ausgleichsleistungen [und/oder ausschließliche Rechte] im Rahmen öffentlicher Dienstleistungsaufträge iSd VO (EG) Nr. 1370/2007 nach Maßgabe der ebengenannten Verordnung und der anwendbaren vergaberechtlichen Bestimmungen gewähren („behördeninitiierte Verkehrsdienste“).

26 In weiterer Folge wäre auch § 23 KfLG dahingehend anzupassen, dass

- der Begriff des kommerziellen Verkehrsdienstes durch den Begriff des unternehmensinitiierten Verkehrsdienstes
- der Begriff des nicht-kommerziellen Verkehrsdienstes durch den Begriff des behördeninitiierten Verkehrsdienstes
- in der Überschrift zu § 23 der Begriff „nicht kommerzieller Betrieb von Kraftfahrlinien“ durch den Begriff „behördeninitierter Betrieb von Kraftfahrlinien“

³⁴ So wurde in einer Koalitionsvereinbarung der deutschen Bundesregierung ausdrücklich festgehalten, dass das Leitbild der Regierung ein unternehmerisch und wettbewerblich ausgerichteter ÖPNV ist und der Vorrang kommerzieller Verkehre gewährleistet wird, vgl dazu http://www.omnibusverband-hessen.de/index.cfm?CFID=7298457&CFTOKEN=39878831&pt=News_Detail&id=B5E21C0E-E7E8-A2E6-C9E80420C65CAE31&. Auch nach einer Entscheidung des deutschen Bundesverwaltungsgerichtes (29.10.2009 BVerwG 3 C 1.09 ist eigenwirtschaftlichen Verkehren der Vorrang einzuräumen, siehe dazu <http://www.bverwg.de/media/archive/8211.pdf>. Auch im aktuellen (internen) Entwurf wird unternehmensinitiierten bzw eigenwirtschaftlichen Verkehren (einschließlich Verkehren, die mittels allgemeiner Vorschriften finanziert werden) der Vorrang gegenüber behördeninitiierten bzw gemeinwirtschaftlichen Verkehren eingeräumt, vgl dazu Barth, PBefG-Novelle: Neue interne Überlegungen aus dem Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung v. 19.07.2010, abrufbar unter www.bbgundpartner.de.

ersetzt wird. Auch in sämtlichen anderen Bestimmungen des KfLG (insbesondere §§ 7 und 14) sind die entsprechenden Begriffe zu ersetzen.

2. EVALUIERUNG IN BEZUG AUF DEN KONKURRENZSCHUTZ

2.1 Gleicher Konkurrenzschutz für kommerzielle und nicht-kommerzielle Verkehre

- 27 Nach dem KfLG-E sollen nicht-kommerzielle Verkehre in den Genuss eines zusätzlichen, erweiterten Konkurrenzschutzes kommen. So ist gemäß § 7 Abs 1 Z 4 lit c) iVm § 14 Abs 3 KfLG-E die Konzession bereits dann zu versagen, wenn die wirtschaftliche Betriebsführung **nur durch zusätzliche öffentliche Mitteln gesichert wäre**. Eine neue Konzession wäre daher uU bereits dann zu versagen, wenn lediglich EUR 1,-- an zusätzlichen öffentlichen Mitteln für eine wirtschaftliche Betriebsführung erforderlich wäre.
- 28 Demgegenüber soll für kommerzielle Verkehre der bisherige Konkurrenzschutz (§ 7 Abs 1 Z 4 lit b) iVm § 14 Abs 2 KfLG) weiterbestehen, sodass bei kommerziellen Verkehren nur dann die neue Konzession zu versagen ist, wenn der Bestandskonzessionär hinsichtlich der gefährdeten Linie einen die **wirtschaftliche Betriebsführung sichtlich in Frage stellenden Einnahmenausfall erleidet**.³⁵
- 29 Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen nicht-kommerzielle Verkehre beim Konkurrenzschutz bevorzugt werden. Schließlich werden auch bei kommerziellen Verkehren Investitionen im Vertrauen auf den Bestandsschutz der erteilten Konzessionen getätigt (z.B. Betriebshöfe; Busse; zum Teil unkündbares Personal), die im Falle einer Konkurrenzierung durch Dritte nicht amortisiert werden beziehungsweise eingesetzt werden können. Aus welchen Gründen nicht-kommerzielle Verkehre schützenswerter sind, geht aus den Erläuterungen nicht hervor. Die Bevorzugung nicht-kommerzieller Verkehre iRd Konkurrenzschutzes steht daher in einem **Spannungsverhältnis zum verfassungsgesetzlich gewährleisteten Gleichheitssatz und zum verfassungsgesetzlich geschützten Recht auf Ausübung der Erwerbsfreiheit (Art 2 und Art 6 StGG)**. Dies gilt umso mehr, als nach der PSO und dem BVergG die Vergabe eines nicht-kommerziellen Verkehrs an einen internen Betreiber auch ohne Ausschreibung zulässig ist, sodass in diesen Fällen die „eigenerbringende“ öffentliche Hand stärker vor Konkurrenz geschützt sein würde als private Verkehrsunternehmen.
- 30 Daher soll dasselbe Schutzniveau für kommerzielle/unternehmensinitiierte Verkehre wie für nicht-kommerzielle / behördeninitiierte Verkehre vorgesehen werden.³⁶

³⁵ Nach der einschlägigen Rechtsprechung ist beim maßgeblichen Verkehrsbereich iSd § 14 KfLG neben der streckenspezifischen auch die zeitliche Komponente beachtlich, dh ob der beantragte neue Verkehr in zeitlicher Nähe zu den bestehenden konzessionierten Verkehren steht. Bei der Beurteilung der Gefährdung der Erfüllung der Verkehrsaufgaben ist der gesamte konzessionierte Verkehrsbereich des bestehenden Verkehrsunternehmens zu berücksichtigen, auch wenn die neue Linie nur teilweise in diesen Verkehrsbereich fällt (VwGH 08.09.2004, 2002/03/0242; VwGH 12.09.2006, 2003/03/0282).

³⁶ Wie in Rz 26f beschrieben, sind die Begriffspaare kommerzielle / nicht-kommerzielle Verkehrsdienstes durch die Begriffspaare unternehmensinitiierte / behördeninitiierte Verkehrsdienste zu ersetzen. Der Begriff der unternehmensinitiierten

2.2 Unklare Gesetzeslage hinsichtlich des Konkurrenzschutzes gegenüber neuen nicht-kommerziellen Verkehren

- 31 Wie schon bisher ist gemäß § 23 Abs 3 KfLG-E dem in der Ausschreibung ermittelten Verkehrsunternehmen die Konzession bereits dann zu erteilen, wenn die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Z 1 und 2 KfLG (Zuverlässigkeit, fachliche Eignung, finanzielle Leistungsfähigkeit) gegeben sind, und der Ausschließungsgrund des § 7 Abs 1 Z 4 lit a) KfLG (mangelnde Straßeneignung) nicht vorliegt. § 7 Abs 1 Z 4 lit b) KfLG hingegen wird weiterhin nicht explizit als Ausschlussgrund in § 23 Abs 3 KfLG genannt; daraus wurde von manchen Aufgabenträgern in der Vergangenheit abgeleitet, dass bei Ausschreibungen kein Konkurrenzschutz für bestehende Konzessionen geltend gemacht werden könne. Dasselbe Argument würde wohl auch hinsichtlich der in der Novelle neu hinzugekommenen Ausschließungsgründe § 7 Abs 1 Z 4 lit c) und d) KfLG-E vorgebracht werden. Folge man dieser Argumentationslinie, könnte daher der Aufgabenträger **immer über bestehende Konzessionen „hinwegbestellen“**, sodass die Gefahr besteht, dass die Konzessionsinhaber ihre gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nicht erfüllen können, die Konzession zurücklegen müssen, und der auch im Vertrauen auf den Konkurrenzschutz getätigte Aufwand zunichte gemacht wird. Diese Konstellation wäre umso bedenklicher, wenn der Aufgabenträger die betreffenden Verkehre nicht ausschreibt (sodass der Konzessionsinhaber sich zumindest am Wettbewerb beteiligen kann), sondern (im Einklang mit der PSO bzw dem BVergG) inhouse vergibt.
- 32 Dieser Auslegung der Aufgabenträger sind jedoch folgende Argumente entgegenzuhalten:
- Weder § 7 noch § 14 KfLG enthalten eine Einschränkung dahingehend, dass der Konzessionsinhaber nur gegenüber neuen kommerziellen Verkehren geschützt wäre, sodass § 7 Abs 1 Z 4 lit b) KfLG auch bei der Bestellung nicht-kommerzieller Verkehre anzuwenden ist (ungeachtet der Tatsache, dass er in § 23 Abs 3 KfLG keine Erwähnung findet);
 - Gemäß § 15 Abs 1 KfLG kann eine Konzession zur Erreichung der im § 37 Abs 3 KfLG angeführten Ziele (Beachtung der Ziele der Bundes- und Landesplanung) auch für eine kürzere Dauer als 8 Jahre insbesondere zur Vorbereitung einer Linienbündelung erteilt werden; eine derartige kürzere Befristung zur Vorbereitung der Linienbündelung wäre aber von vornherein nicht notwendig, wenn der Aufgabenträger bei Ausschreibung nicht-kommerzieller Verkehre ohnehin nach eigenem Gutdünken in bestehende Konzessionen eingreifen dürfte.
 - Im Konzessionsverfahren kommt jenen Eisenbahn- und Kraftfahrlinienunternehmen, in deren Verkehrsbereich (§ 14) die beantragte Kraftfahrlinie ganz oder teilweise fällt, ein Anhörungsrecht (§ 5 Abs. 1 Z 1) sowie ein Berufungsrecht gegen den Konzessionsbescheid (§ 21 Z 2) zu, wenn sie fristgerecht Stellung genommen haben. Diese in § 5 Abs 1 Z 1 bzw § 21 Z 2

Verkehrsdiene schließt Verkehrsdiene, die (auch) über allgemeine Vorschriften finanziert werden (und daher nach dem derzeitigen Novellenentwurf als nicht-kommerzielle Verkehrsdiene anzusehen wären) mit ein.

normierten Rechte der Bestandskonzessionäre sind jedoch nicht auf neue kommerzielle Konzessionsanträge eingeschränkt.

- Verneinte man einen Konkurrenzschutz gegenüber neu ausgeschriebenen nicht-kommerziellen Verkehren, dann würde dies auch für bestehende nicht-kommerzielle Verkehre gelten. Hat daher etwa eine Gemeinde einen nicht-kommerziellen Verkehr vergeben, hätte sie keinerlei Handhabe dagegen, dass die Nachbargemeinde einen konkurrierenden nicht-kommerziellen Verkehr ausschreibt, und müsste daher (insbesondere bei einem Bruttovertrag) höhere Ausgleichszahlungen an den bestehenden Konzessionsinhaber leisten.
- Es kann keinen Unterschied machen, ob Einnahmenausfälle beim Konzessionsinhaber durch neue kommerzielle oder nicht-kommerzielle Parallelverkehre drohen, da im einen wie im anderen Fall Investitionen, die im Vertrauen auf den Konkurrenzschutz auf der bestehenden Linie getätigt wurden, frustriert sind. Dass eine Ausschreibung durchgeführt wird, kann nicht verhindern, dass möglicherweise der Wettbewerb zu Lasten der bestehenden Unternehmen verzerrt wird, da die Ausschreibung naturgemäß nur einen fairen und transparenten Wettbewerb *innerhalb* der Bieter gewährleisten kann und muss. So wurde etwa im Projekt *Atlas* die Förderung zur Errichtung einer Breitbandinfrastruktur zu 13 schottischen Businessparks ausgeschrieben. Allerdings betrieben bereits in 11 dieser Businessparks private Unternehmen Breitbandinfrastrukturen, die bei ihren Investitionen damit kalkuliert hatten, dass andere Betreiber dieselben Kosten iRd Errichtung aufwenden müssten, sodass die **Ausschreibung den Wettbewerb zu Lasten der bestehenden Betreiber verzerrte**. In ihrer Entscheidung vom 20.07.2004 erteilte die Kommission erst die Freistellung, nachdem das Projekt insbesondere in **geographischer, technischer und betrieblicher Hinsicht erheblich eingeschränkt** wurde.³⁷ Das Projekt wurde auf Basis des neuen, reduzierten Konzepts neu ausgeschrieben.
- Der Konkurrenzschutz bedeutet keineswegs, dass öffentliche Ausschreibungen über nicht-kommerzielle Verkehre unmöglich wären; Voraussetzung ist lediglich, dass die Interessen der bestehenden Konzessionsinhaber (insbesondere § 7 Abs 1 lit b und § 14 KfLG) berücksichtigt werden. So wird auf einer Linie, die bislang nur morgens und abends gefahren wird, bei einer Bestellung zusätzlicher Kurse zu Mittag in der Regel kein erheblicher Einnahmenausfall zu erwarten seien, da diesbezügliche Fahrten nur in geringem Umfang zueinander in einem Substitutionsverhältnis stehen. Wird aber zu bestehenden Kursen mit einer Abfahrtszeit um 8.00 Uhr ein zusätzlicher Kurs mit der Abfahrtszeit 7:55 Uhr bestellt, so führt dies zweifellos zu einer erheblichen Verwanderung von Fahrgästen zum zusätzlichen Kurs.

³⁷ Kommission, Entscheidung vom 20.07.2004, N-213/03-Atlas Rn 5, 36, Rn 47, abrufbar unter http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2003/n213-03.pdf. Vgl dazu auch Santamato/Westerhof, is funding of infrastructure state aid? EuZW 2003/645 (646) sowie Zellhofer/Schönhart, Vergabe und beihilferechtliche Aspekte der Breitbandförderung, ZVB 2004/77, 280.

- 33 Wenn gleich aus den vorangehenden Argumenten zu schließen ist, dass der in § 7 und § 14 KfLG statuierte Konkurrenzschutz nicht nur gegenüber neuen kommerziellen, sondern auch gegenüber neuen nicht-kommerziellen Verkehren gilt, sollten die durch § 23 Abs 3 verursachten Unklarheiten im Zuge der bestehenden Novelle beseitigt werden, **indem klargestellt wird, dass der in § 7 und 14 KfLG normierte Konkurrenzschutz auch iRd Anwendung von § 23 KfLG greift, um den Unternehmen und den Aufgabenträgern einen rechtssicheren Rahmen für ihre Investitionen zu bieten.**

3. EVALUIERUNG VON § 23 ABS 2 KfLG-E IN BEZUG AUF DIE PSO-VORGABEN ZU GEMEINWIRTSCHAFTLICHEN VERPFLICHTUNGEN

- 34 Gemäß § 23 Abs 2 KfLG-E dürfen nicht kommerzielle Verkehre nur dann nicht bestellt werden, „*wenn diese Verkehrsdienste durch kommerzielle Verkehre abgedeckt werden*“. Entsprechend den Erläuterungen besteht nur dann ein Ausschreibungsverbot, wenn die ausgeschriebenen Leistungen gänzlich vom bestehenden kommerziellen Angebot abgedeckt sind; somit dürfte bereits bei geringfügigen Abweichungen vom Bestandsangebot ausgeschrieben werden, obwohl auch das ausgeschriebene Leistungsbild kommerziell zu erbringen wäre. Dies widerspricht jedoch den Vorgaben der PSO: Zwingende Voraussetzung für das Vorliegen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages ist das Bestehen einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung, die jedoch nur dann vorliegt, wenn die Anforderungen der zuständigen Behörde ohne eine Gegenleistung der öffentlichen Hand nicht oder nicht im gewünschten Umfang erbracht würden. Es können daher keine Verkehre ausgeschrieben werden, die sich allein durch die Einnahmen aus dem Fahrkartenverkauf tragen.³⁸

- 35 § 23 Abs 2 KfLG-E ist daher dahingehend anzupassen, dass nicht kommerzielle (bzw behördensinihierte) Verkehrsdienste nur dann in einem Vergabeverfahren beschafft werden dürfen, wenn diese Verkehrsdienste nicht durch kommerzielle (bzw unternehmensinitiierte) Verkehrsdienste **abgedeckt werden können**.³⁹ Um festzustellen, ob die ausgeschriebenen Verkehre durch den Markt abgedeckt werden können, sollte der Ausschreibung ein förmliches „**Markttest**“-Verfahren vorgeschaltet werden.

- Zunächst hat der Aufgabenträger seine Absicht zur Einleitung eines Vergabeverfahrens zu bekunden und hat insbesondere die beabsichtigten Verkehrsdienste einschließlich der beabsichtigten Ausgleichsleistungen detailliert zu beschreiben.
- Daraufhin haben Verkehrsunternehmen die Möglichkeit, unternehmensinitiierte Konzessionsanträge zu stellen, die dem vom Aufgabenträger avisierten Leistungsbild weitgehend entsprechen.

³⁸ Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder, Kommentar zur VO 1370/2007 (2010) Rz 46 zu Art 2.

³⁹ Wie in Rz 26f beschrieben, sind die Begriffspaare kommerzielle / nicht-kommerzielle Verkehrsdienstes durch die Begriffspaare unternehmensinitiierte / behördensinihierte Verkehrsdienste zu ersetzen. Der Begriff der unternehmensinitiierten Verkehrsdienste schließt Verkehrsdienste, die (auch) über allgemeine Vorschriften finanziert werden (und daher nach dem derzeitigen Novellenentwurf als nicht-kommerzielle Verkehrsdienste anzusehen wären) mit ein.

- Langen innerhalb einer festzulegenden Frist keine Konzessionsanträge ein, kann der Aufgabenträger das Vergabeverfahren bzw das Konzessionsverfahren einleiten.

Eine ähnliche Vorgangsweise dürfte auch dem österreichischen Gesetzgeber vorgeschwebt sein⁴⁰: Gemäß Art 7 Abs 2 PSO ist 12 Monate vor der beabsichtigten Einleitung des Vergabeverfahrens oder der Direktvergabe eine Vorabinformation zu veröffentlichen.⁴¹ Daher können innerhalb der 12 Monate zwischen Veröffentlichung der Vorabinformation und der Einleitung des Vergabeverfahrens kommerzielle Konzessionsanträge gestellt werden.⁴² Wird dann nach Ablauf von 12 Monaten vom Aufgabenträger ein Vergabeverfahren zur Vergabe eines nicht-kommerziellen Kraftfahrliniенverkehrs eingeleitet, dann ist gemäß § 7 Abs 1 Z 4 lit d) KfLG-E ein paralleler Konzessionsantrag abzuweisen, sofern sich der ausgeschriebene Kraftfahrliniенverkehr ganz oder zum Teil auf die im Wesentlichen gleichen Verkehrsleistungen wie der beantragte Kraftfahrliniенverkehr bezieht. Allerdings wird dieser Markttest nicht ausdrücklich normiert, sondern geht nur implizit aus den Erläuterungen hervor; weiters ist keineswegs sichergestellt, dass die Vorabinformation iSd Art 7 Abs 2 PSO jene Informationen enthält, die die Verkehrsunternehmen benötigen, um das vom Aufgabenträger avisierte Leistungsbild iRd kommerziellen Konzessionsanträge abzubilden; schließlich entfällt die Vorabinformationspflicht des Art 7 Abs 2 PSO bei Verkehren mit einer Jahresleistung unter 50.000 km, sodass die indirekte Bezugnahme auf Art 7 Abs 2 PSO unzureichend ist.⁴³ Daher sind daher die in Rz 35 angeführten Ergänzungen erforderlich.

4. EVALUIERUNG IN BEZUG AUF DEN RECHTSSCHUTZ

- 36 Gemäß Art 5 Abs 7 PSO haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass die gemäß Art 5 Abs 2 bis 6 PSO getroffenen Entscheidungen über öffentliche Dienstleistungsaufträge in einem wirksamen und raschen Nachprüfungsverfahren auf Antrag interessierter Verkehrsunternehmen überprüft werden können. Gemäß Erwägungsgrund 21 muss der Rechtsschutz mit dem klassischen vergaberechtlichen Rechtsschutz (iSd BVergG bzw der Vergaberichtlinien) vergleichbar sein. Dies ist derzeit bei Dienstleistungskonzessionen und Zuschussverträgen, die lediglich dem Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten unterliegen, nicht der Fall.
- 37 Der derzeitige Novellenentwurf sieht keine Regelungen zum Rechtsschutz vor, wie sie in Art 5 Abs 7 PSO gefordert werden.⁴⁴ Eine sofortige Umsetzung des Rechtsschutzes wird von der PSO derzeit zwar nicht zwingend verlangt, da Art 5 (und somit auch die Rechtsschutzbestimmungen des Art 5 Abs 7) PSO erst zum Ende der Übergangsfrist am 3.12.2019 umgesetzt sein muss; ungeachtet dessen wäre es sinnvoll, dieses Thema bereits in der Novelle aufzugreifen.

⁴⁰ Siehe die Erläuterungen zu § 2 Abs 5 KfLG-E.

⁴¹ Die Pflicht zur Vorabinformation iSd Art 7 Abs 2 PSO gilt nicht nur für Öffentliche Dienstleistungsaufträge iSd PSO, sondern auch für Aufträge iSd BVergG, da der (auch beihilfenrechtliche) Regelungsgehalt nicht durch die vergaberechtlichen Bekanntmachungsvorschriften konsumiert wird. Dies ist auch daraus ersichtlich, dass in Art 7 (im Gegensatz etwa zu Art 5 Abs 1 oder Art 8 Abs 1 PSO) keine Abgrenzungsregelung zu den Vergaberichtlinien enthalten ist.

⁴² Vgl auch die Erläuterungen zu § 2 Abs 5 KfLG-E.

⁴³ Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass vom Wortlaut des § 7 Abs 1 Z 4 lit d) KfLG-E nicht der Fall erfasst wird dass ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise vor Ablauf der 12 Monatsfrist des Art 7 Abs 2 PSO eingeleitet wird. Daher ist § 7 Abs 1 Z 4 lit d) KfLG-E dahingehend zu ergänzen, dass der Versagungsgrund nur dann greift, wenn die Vorabinformationsfrist des Art 7 Abs 2 PSO eingehalten wurde.

⁴⁴ Möglicherweise ist dies darin begründet, dass aufgrund der Rsp des VfGH diesfalls auch der Rechtsschutz für Dienstleistungskonzessionen iSd § BVergG sowie Zuschussverträge, die derzeit nur der gerichtlichen Kontrolle unterliegen, nachgezogen werden müssten, vgl Aicher/Lessiak, PSO-Gutachten (2008) Seite 11f.

- 38 In der Praxis bereiten vor allem die Schnittstellen zwischen Vergabe- und Konzessionsrecht Probleme. Aufgrund der Bestimmungen in § 23 KfLG ist zunächst die Ausschreibung durchzuführen; erst danach ist ein konzessionsrechtliches Verfahren durchzuführen, an dessen Ende der Ausschreibungsgewinner von der Konzessionsbehörde die Konzession erhält (§ 23 Abs 2 KfLG) oder bei der Bestellung zusätzlicher Kurse vom Konzessionsinhaber mit der Durchführung dieser zusätzlichen Kurse beauftragt wird (§ 23 Abs 1 KfLG). Wenngleich das Verfahren hinsichtlich der konzessionsrechtlichen Eignung und Zuverlässigkeit naturgemäß erst nach der Ausschreibung durchgeführt werden kann (weil erst dann der Gewinner feststeht), sollte die **Abklärung der subjektiven Rechte der Bestandskonzessionäre im Hinblick auf den Konkurrenzschutz jedenfalls vor der Ausschreibung stattfinden**: Die Durchführung der Ausschreibung ist bieter- und auch auftraggeberseitig mit erheblichen Kosten verbunden. Dieser Aufwand ist frustriert, wenn die Konzessionsbehörde nach Abschluss der Ausschreibung feststellt, dass der ausgeschriebene Verkehr in unzulässiger Weise in die bestehenden Konzessionen eingreift und umfangreiche Änderungen erforderlich sind, da diesfalls das Vergabeverfahren zwingend widerrufen (vgl §§ 138 und 139 BVergG) und eine Neuaußschreibung durchgeführt werden müsste. Darüber hinaus können die Bieter ihren frustrierten Aufwand im Wege von Schadenersatzansprüchen geltend machen. Um dies zu vermeiden, sollten die **objektiven Versagungsgründe des § 7 KfLG** (insbesondere in Bezug auf den Konkurrenzschutz) von der Konzessionsbehörde zwingend bereits vor der Ausschreibung geprüft und mit Bescheid festgestellt werden.⁴⁵

VI. ZUSAMMENFASSUNG

- 39 Lediglich der Verweis in der programmatischen Bestimmung des § 1 ÖPNRV-G idgF auf die VO 1191/69 widerspricht der PSO; allerdings ordnet diese Bestimmung uE dem einzelnen Normadressaten keine Rechte oder Pflichten zu. Die Unterscheidung in § 3 ÖPNRV-G zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehren führt (selbst wenn man annimmt, dass diese Terminologie nicht den Vorgaben der PSO entspricht) derzeit zu keinen der PSO widersprechenden Rechtsfolgen, da die Ausschreibungspflicht des Art 5 PSO nur schrittweise bis zum 3.12.2019 umgesetzt werden muss. Wenngleich beim KfLG und ÖPNRV-G Aktualisierungsbedarf besteht, beschränkt sich das Risiko eines allfälligen Vertragsverletzungsverfahrens aufgrund der verzögerten Verabschiedung der Novellen (unter der Annahme, dass die vorgeschlagenen Novellen von KfLG und ÖPNRV-G PSO-konform sind) auf den veralteten Verweis in § 1 ÖPNRV-G und ist daher insgesamt als eher gering einzustufen. Ungeachtet

⁴⁵ Zwar ist es möglich, dass die konzessionsrechtlichen subjektiven Rechte der Bestandskonzessionäre bereits im vorgelagerten vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren als Vorfrage „antizipiert“ werden, sodass bereits die Nachprüfungsbehörde zu dem Ergebnis kommt, dass die Ausschreibung zu widerrufen ist. Gerade dann, wenn der Eingriff in bestehende Konzessionen und der sich daraus ergebende Änderungsbedarf evident ist, wird ein zwingender Widerruf iSd §§ 138 bzw 139 erforderlich sein (vgl OGH 29.04.2004, 6 Ob 177/03b: zwingender Widerruf bei technisch nicht erfüllbarem Leistungserfordernis; OGH 17.12.2001, 1 Ob 287/01y: zwingender Widerruf, wenn sich nach Angebotseröffnung herausstellt, dass im Leistungsverzeichnis 13% der Angebotssumme nicht enthalten waren). Allerdings wäre es wesentlich effizienter und den Prinzipien des Rechtsschutzes entsprechender, die konzessionsrechtlichen Ansprüche vor der primär zuständigen Konzessionsbehörde zu klären und nicht als Vorfrage in dem (idR binnen 6 Wochen abzuschließenden) Nachprüfungsverfahren.

dessen wäre - um innerstaatlich bis zur Erlassung der KfLG und ÖPNRV-G-Novellen für größtmögliche Rechtssicherheit zu sorgen – zu erwägen, in einem Rundschreiben an alle Gebietskörperschaften auf das In-Kraft-Treten der VO 1370/2007 und das Außerkrafttreten der VO 1191/69 hinzuweisen sowie die Anwendung von KfLG und ÖPNRV-G bis zum Erlass der Novelle zu erläutern (siehe dazu näher Rz 4 bis 12).

- 40 Nach den Studien des Instituts für angewandte Wirtschaftsforschung und Regionalanalyse (2005) und der Conpronet (2009) **treten die beabsichtigten Effekte von Ausschreibungen im ÖPNV oftmals nicht ein**. Schweden, das bis dato fast alle Verkehre ausgeschrieben hat, führt nunmehr eine umfassende Reform durch, bei der **unternehmensinitiierte Verkehre Vorrang vor behördennitiierten Verkehren erhalten** und Ausschreibungen nur dort erfolgen dürfen, wo ein formelles Verfahren ergeben hat, dass adäquate Leistungen auf kommerzielle Weise nicht erbracht werden können (siehe dazu näher Rz 13 bis 17).
- 41 Auf Basis des Wortlautes des § 23 Abs 2 KfLG-E kann nicht ausgeschlossen werden, dass Ausgleichszahlungen aufgrund allgemeiner Vorschriften als nicht-kommerzielle Verkehrsdienste ausschreibungspflichtig sind. Da der äußerst mögliche Wortsinn die Grenze jeglicher Auslegung absteckt, findet die (in den Erläuterungen zum Ausdruck kommende) Absicht des Gesetzgebers, den Aufgabenträgern die Wahlfreiheit zu überlassen, Ausgleichleistungen auch im Wege allgemeiner Vorschriften zu gewähren, im Gesetz keinen Niederschlag und **verunmöglicht daher die Anwendung allgemeiner Vorschriften**. Um das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel zu erreichen, sollten die in Rz 25ff dargestellten Formulierungsvorschläge umgesetzt werden, wobei zwischen unternehmensinitiierten Verkehrsdiensten einerseits (=Verkehrsdienste, die über Fahrgeldeinnahmen und/oder über allgemeine Vorschriften finanziert werden) und behördennitiierten Verkehren zu unterscheiden ist (Rz 18 bis 26).
- 42 In Bezug auf den **Konkurrenzschutz** (§ 7 iVm § 14 KfLG) soll dasselbe Schutzniveau für unternehmensinitiierte wie für behördennitiierte Verkehre vorgesehen werden (Rz 27 bis 30). Weiters soll in § 23 Abs 3 KfLG klargestellt werden, dass der Konkurrenzschutz nicht nur gegenüber neuen unternehmensinitiierten, sondern auch gegenüber neuen behördennitiierten Verkehren gilt (Rz 31 bis 33).
- 43 § 23 Abs 2 KfLG-E ist dahingehend anzupassen, dass behördennitiierte Verkehrsdienste nur dann in einem Vergabeverfahren beschafft werden dürfen, wenn diese Verkehrsdienste nicht durch unternehmensinitiierte Verkehrsdienste abgedeckt werden können. Um festzustellen, ob die ausgeschriebenen Verkehre durch unternehmensinitiierte Verkehrsdienste abgedeckt werden können, sollte der Ausschreibung ein förmliches „**Markttest**“-Verfahren vorgeschaltet werden (Rz 34 und 35):
- Zunächst hat der Aufgabenträger seine Absicht zur Einleitung eines Vergabeverfahrens zu bekunden und hat insbesondere die beabsichtigten Verkehrsdienste einschließlich der beabsichtigten Ausgleichsleistungen detailliert zu beschreiben.

- Daraufhin haben Verkehrsunternehmen die Möglichkeit, kommerzielle Konzessionsanträge zu stellen, die dem vom Aufgabenträger avisierten Leistungsbild weitgehend entsprechen.
 - Langen innerhalb einer festzulegenden Frist keine Konzessionsanträge ein, kann der Aufgabenträger das Vergabeverfahren bzw das Konzessionsverfahren einleiten.
- 44** Um bei den Aufgabenträgern und Bietern frustrierten Aufwand zu vermeiden, sollte das Vorliegen der **objektiven Versagungsgründe des § 7 KfG** (insbesondere in Bezug auf den Konkurrenzschutz) von der Konzessionsbehörde zwingend bereits vor der Ausschreibung geprüft und mit Bescheid festgestellt werden (Rz 36 bis 38).

G. Zellhofer