



**Rechtswissenschaftliche Fakultät**

Institut für Unternehmens- und  
Wirtschaftsrecht

**o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher**

Schottenbastei 10-16  
A- 1010 Wien

T + 43 (0) 1 4277-352 13

F + 43 (0) 1 4277-352 93

E-Mail [josef.aicher@univie.ac.at](mailto:josef.aicher@univie.ac.at)

<http://www.univie.ac.at/aicher>

## **Kraftfahrlinienkonzession und Ausschreibung von Busverkehrsdienstleistungen**

o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher

Universität Wien

Das Recht auf Konzessions(wieder)erteilung und die Verpflichtung, Busdienstleistungen als sogen. prioritäre Dienstleistungen in einem Vergabeverfahren nach dem BVergG zu vergeben, stehen in einem Spannungsverhältnis, wenn für die ausgeschriebenen Linien ein Verkehrsunternehmer eine aufrechte Linienkonzession besitzt oder rechtzeitig vor deren Auslaufen Anträge auf deren Wiedererteilung gemäß § 29 KfVG gestellt hat.

So verhielt es sich bei der Ausschreibung der Salzburger Verkehrsverbund GmbH für Busverkehrsdienstleistungen (Linienbündel Flachgau Nordost), die vom bisherigen Linienkonzessionär mit einem Nachprüfungsantrag an den Salzburger Vergabekontrollsenat, gerichtet auf Nichtigkeitsklärung der Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen samt Teilnahmeunterlagen bekämpft wurde.

Der Nachprüfungsantrag wurde vom VKS Salzburg abgewiesen. Der dagegen gerichteten Beschwerde des Linienkonzessionärs gab der VwGH mit Erkenntnis vom 9.4.2013 (2011/04/0042) nicht statt.

Vor dem VwGH berief sich der Linienkonzessionär vor allem auf eine Verletzung des § 19 Abs 4 BVergG durch den Auftraggeber. Danach darf ein Vergabeverfahren nur durchgeführt werden, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zu vergeben.

Vergabeabsicht setze – so der Beschwerdeführer – aber die rechtliche Zulässigkeit der Vergabe der ausgeschriebenen Leistung voraus. Die Ausschreibung des Liniensbündels sei jedoch unzulässig, weil die Linien vom Bestandskonzessionär eigenwirtschaftlich iSd § 3 Abs 2 ÖPNRVG betrieben wurden und auch weiterhin so betrieben werden können und § 23 KfIG es verbiete, eigenwirtschaftliche Verkehre auszuschreiben. Nur gemeinwirtschaftliche Verkehrsdienste können und müssen in einem Vergabeverfahren nach dem BVergG vergeben werden.

Damit berief sich der Beschwerdeführer zunächst auf die bestehende Rechtslage in Österreich. Gemäß § 3 Abs 2 ÖPNRVG, auf den § 23 KfIG verweist (dann keine Ausschreibung), sind eigenwirtschaftliche Verkehrsdienste solche, die aus Tariferlösen finanziert werden, wobei unter Tariferlösen auch verbundbedingte Fahrpreisersätze sowie Fahrpreisersätze zur Gewährung von Sondertarifen für bestimmte Fahrgastgruppen zu verstehen sind. Da die Bestandsverkehre ausschließlich durch Fahrscheinerlöse, durch Schüler- und Lehrlingsfreifahrt und Ausgleichszahlungen für Ab- und Durchtarifizierungsverluste finanziert sind, sei eine Ausschreibung dieser eigenwirtschaftlichen Verkehre unzulässig. Die PSO wird dabei ausgeblendet.

Das zweite Argument des Beschwerdeführers nimmt dagegen seinen Ausgang in der PSO und unternimmt eine Harmonisierung des Kraftfahrlinienrechts mit dieser. Art 3 Abs 2 PSO erlaube ausschreibungsfreie Tarifbestellungen im Wege Allgemeiner Vorschriften. Wenn daher nach dem KfIG über Tariferlöse iSd § 3 Abs 2 ÖPNRVG finanzierte Verkehrsdienste, weil nicht gemeinwirtschaftlich, nicht ausgeschrieben werden dürfen, sondern das Verkehrsunternehmen Anspruch auf Konzessionserteilung hat, ist die Wahlmöglichkeit, welche die PSO zwischen vergabepflichtigem öffentlichem Dienstleistungsauftrag und Allgemeiner Vorschrift eröffnet, dahingehend zu verstehen, dass Tarifbestellungen im Wege von Allgemeinen Vorschriften erfolgen müssen. Dies sei mit dem Abschluss von Verkehrsdienstverträgen, die den Charakter Allgemeiner Vorschriften hätten, auch geschehen, woraus sich ein weiteres Argument gegen die Zulässigkeit der Ausschreibung der gegenständlichen Verkehrsdienstleitungen ergeben würde.

Der VwGH wies beide Argumente zurück.

Zu letzterem Argument (Zwang zur Allgemeinen Vorschrift bei Tarifbestellungen unter Ausschluss eines vergabepflichtigen öffentlichen Dienstleistungsauftrages mit der Folge ausschreibungsfreier Konzessionserteilung) weist der VwGH zutreffend darauf hin, dass nach Art 3 Abs 2 PSO die Festsetzung von derartigen Fahrpreisersätzen zwar Gegenstand Allgemeiner Vorschriften sein kann, was aber ausweislich des Art 3 Abs 2 letzter Satz PSO nichts daran ändere, dass sich die zuständige Behörde zwecks Festlegung von Höchsttarifen auch des – dann ausschreibungspflichtigen – öffentlichen Dienstleistungsauftrags bedienen kann.

Zur Frage, ob Verkehrsdiensteverträge überhaupt als Allgemeine Vorschrift in Betracht kommen, nimmt der VwGH daher auch nicht Stellung.

Das zentrale Argument der Beschwerdeführerin, die gegenständlichen Verkehrsdienste dürfen wegen fehlender Gemeinwirtschaftlichkeit gar nicht ausgeschrieben werden, verwirft der VwGH durch eine die (in § 23 KfIG verwiesene) Begriffsbestimmung des § 3 Abs 2 ÖPNRVG verdrängende unionsrechtskonforme Interpretation auf Grundlage der unmittelbar wirkenden PSO.

Der Begriff des gemeinwirtschaftlichen Verkehrsdienstes gemäß § 3 Abs 3 ÖPNRVG und der des Verkehrsdienstes mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen iSd Art 2 lit e) PSO sind nicht deckungsgleich. Während Gemeinwirtschaftlichkeit iSd § 3 Abs 3 ÖPNRVG (und damit iSd § 23 Abs 2 KfIG) erst vorliegt, wenn die Kosten des Verkehrsdienstes nicht durch die weit verstandenen Tariferlöse iSd § 3 Abs 2 ÖPNRVG gedeckt werden können und (über die genannten Fahrpreisersätze hinaus) ein Finanzierungsbeitrag von dritter Seite zur Aufrechterhaltung benötigt wird, liegt Gemeinwirtschaftlichkeit nach der PSO bereits vor, wenn für die Sicherstellung eines Verkehrsdienstes, den der Betreiber unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht in der Weise übernommen hätte, als Gegenleistung für die Übernahme dieser gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung eine Ausgleichsleistung aus öffentlichen Mitteln von einer zuständigen Behörde gewährt wird (Art 2 lit g) PSO).

Das KfIG und das ÖPNRVG wurde bislang noch nicht im Hinblick auf die PSO geändert und damit auch noch nicht an die Gemeinwirtschaftlichkeit iSd PSO angepasst.

Im Geltungsbereich der unmittelbar wirksamen PSO führt deren unionsrechtliche Vorrangwirkung dazu, dass die in § 3 Abs 2 ÖPNRVG genannten Fahrpreisersätze als Ausgleichsleistungen iSd PSO zu qualifizieren sind und somit Verkehrsdienste, deren Kosten auch durch derartige Fahrpreisersätze gedeckt werden, ungeachtet ihrer möglichen Eigenwirtschaftlichkeit iSd § 3 Abs 2 ÖPNRVG gemeinwirtschaftlich iSd PSO sind.

Unter Bedachtnahme auf das Erkenntnis des VwGH ergeben sich folgende verallgemeinerungsfähige Schlussfolgerungen für das Verhältnis von Ausschreibungspflicht und Konzessionserteilung.

In zwei „Finanzierungssituationen“ ist dieses Verhältnis nach KfIG und PSO gleichermaßen zu beurteilen.

Verkehre, die ausschließlich durch Fahrscheinnahmen finanziert werden, unterfallen nicht der PSO und sind eigenwirtschaftlich iSd KfIG/ÖPNRVG. Es besteht keine Ausschreibungspflicht. Die Konzession ist auf Antrag des Verkehrsunternehmers (wieder) zu erteilen.

Verkehre, die durch öffentliche, vom Auftraggeber durch zusätzliche, über die Tarifierlöse des § 3 Abs 2 ÖPNRVG hinausgehende Zahlungen finanziert werden (sogen bestellte Verkehre), sind sowohl nach der PSO als auch nach § 23 Abs 2 KfIG ausschreibungspflichtig und ist dem antragstellenden Bestbieter die Konzession zu erteilen (§ 23 Abs 3 KfIG).

Für Verkehre, die neben Fahrscheinerlösen ausschließlich durch Fahrpreisersätze finanziert werden (sogen Tarifbestellungen) – und dazu gehört auch die Schüler- und Lehrlingsfreifahrt (ausdrücklich VwGH) – hat der Auftraggeber auch nach derzeitiger (nicht der PSO angepasster) Rechtslage das unmittelbar auf der PSO basierende (und daher durch den nationalen Gesetzgeber nicht einschränkbare) Wahlrecht, ob er den Verkehr als öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach Vergaberecht ausschreibt oder eine Allgemeine Vorschrift erlässt.

Sind Tarifbestellungen durch eine Allgemeine Vorschrift geregelt, besteht insoweit keine Ausschreibungspflicht, die eigenwirtschaftliche Konzession ist (wieder-) zu erteilen (§§ 5, 7 bzw 29 KfIG). Verkehrsdiensteverträge sind für sich genommen keine Allgemeine Vorschrift.

Verkehre, die über Tarifbestellungen finanziert werden, ohne dass diesen eine Allgemeine Vorschrift zugrunde liegt, sind nach der PSO gemeinwirtschaftliche Verkehre, die nur über einen vergabepflichtigen öffentlichen Dienstleistungsauftrag beauftragt werden dürfen. Nach dem Erkenntnis des VwGH unterliegen sie der Ausschreibungspflicht gemäß § 23 Abs 2 KfIG. Dem antragstellenden Bestbieter ist die Konzession gemäß § 23 Abs 3 KfIG zu erteilen.

Das Erkenntnis des VwGH muss auch praktische „Rückschlagwirkung“ auf die bisherige Judikatur zur fristverkürzten Konzessionserteilung zwecks ausschreibungsvorbereitender Linienbündelung haben. Bekanntlich hält der VwGH die Konzessionserteilung für eine eigenwirtschaftlich geführte Linie auf einen kürzeren Zeitraum als die 8-jährige Maximalfrist zum Zweck der Linienbündelung für unzulässig, wenn erst die Linienbündelung dazu führt, dass sämtliche im Linienbündel geführten Verkehre gemeinwirtschaftlich sind, während ohne Bündelung auch eigenwirtschaftlich betriebene Linien bestünden. Auch dafür kann es mE nicht mehr auf die Eigenwirtschaftlichkeit iSd § 3 Abs 2 ÖPNRVG ankommen. Es steht der die Laufzeit der Konzession verkürzten Erteilung zwecks Bündelung daher nicht entgegen, dass die Linie zwar eigenwirtschaftlich iSd § 3 Abs 2 ÖPNRVG, jedoch unter Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen iSd PSO betrieben wird.

Aus dem Erkenntnis des VwGH ist jedoch nicht ableitbar, dass der Auftraggeber über eine bestehende eigenwirtschaftliche Konzession für einen, wenn auch aus Fahrpreisersätzen finanzierten Verkehr hinweg Verkehre auf dieser Linie im Ausschreibungsweg bestellen könnte. Die Aussagen des VwGH beziehen sich auf eine Situation, in der die Leistungserbringung erst nach Ablauf der Bestandskonzession erfolgen sollte und der Bestandskonzessionär der Ausschreibung mit seinem Recht auf Wiedererteilung (§ 29 Abs 1 KfIG) entgegentrat. Der Konkurrenzschutz des § 7 Abs 1 Z 4 lit b) KfIG gilt auch gegenüber gemeinwirtschaftlichen Verkehren, zumal die durch § 15 Abs 1 iVm § 37 Abs 3 KfIG gegebene Möglichkeit, zur Vorbereitung einer Linienbündelung Konzessionen auch verkürzt zu erteilen, in Verbindung mit dem weiten, PSO-geleiteten Verständnis der Gemeinwirtschaftlichkeit dem Auftraggeber ein Instrument in die Hand gibt, unter Wahrung

des Vertrauensschutzes für den Bestandskonzessionär sinnvolle Linienbündel im Ausschreibungswettbewerb relativ zeitnah zu vergeben.