Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-330/2007
{T 0/2}

Urteil vom 12. Juli 2007

Mitwirkung: Richter Beat Forster (Vorsitz); Richter André Moser; Richterin Kathrin Dietrich; Gerichtsschreiberin Giovanna Battagliero.

A._____AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Andreas Frank,

gegen

Bundesamt für Verkehr (BAV), Abteilung Recht, Mühlestrasse 6, 3003 Bern,
Vorinstanz,

betreffend
Konzession für die regelmässige gewerbsmässige Personenbeförderung; Verfügung des BAV vom 28. November 2006.

Sachverhalt:

A. Die A._____AG verfügt über eine vom Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) am 1. November 1985 erteilte und in der Folge erneuerte Konzession zur regelmässigen gewerbsmässigen Beförderung von Personen mit Motorfahrzeugen. Die Konzession umfasst fünf Linien und Nachtkurse im Kanton Luzern.

B. Auf Gesuch der A._____AG hin erneuerte das Bundesamt für Verkehr am 8. Dezember 2005 die Konzession und dehnte sie um einen weiteren Nachtkurs aus. Weil für die Festlegung der Dauer der Konzessionserneuerung zusätzliche Abklärungen nötig waren, stellte das BAV diesbezüglich eine Verfügung innerhalb der nächsten 3 Monate in Aussicht. Am 4. April 2006 entsprach das BAV dem Gesuch der A._____AG um Konzessionserneuerung für zehn Jahre nur teilweise und legte die Konzessionsdauer bis zum Fahrplanwechsel im Dezember 2007 fest. Als Begründung führte es an, von der bundesrechtlichen Vorgabe, wonach Konzessionen in der Regel um zehn Jahre zu erneuern seien, müsse abgewichen werden, weil der Kanton Luzern gestützt auf eine Verpflichtung im kantonalen Recht beabsichtige, die Linien der Gesuchstellerin auf den Fahrplanwechsel im Dezember 2007 zur freien Konkurrenz auszuschreiben.

C. Auf ein Wiedererwägungsgesuch der A._____AG hin verlängerte das BAV die Konzessionsdauer am 28. November 2006 bis zum Fahrplanwechsel im Dezember 2010. Der Kanton habe zwar an seiner Ausschreibungsabsicht festgehalten. Weil aber im Kanton Luzern Bestrebungen im Gang seien, den gesetzlichen Zwang zur Ausschreibung aufzuheben – eine entsprechende Motion sei vom Grossen Rat des Kantons Luzern Anfangs November 2006 erheblich erklärt worden – sei dem Wiedererwägungsgesuch im Eventualantrag zu entsprechen. Diese Lösung entspreche zwar nicht vollumfänglich der Praxis des BAV, die Konzessionsdauer einzuschränken, wenn eine konkrete Ausschreibungszusicherung des Kantons vorliege. Mit ihr werde aber der derzeit ungewissen Situation bezüglich Ausschreibungspflicht auf Bundes- und Kantonsebene sowie der Mindestforderung der Gesuchstellerin Rechnung getragen. Dem Kanton Luzern stehe dennoch die Option offen, die Linien der A._____AG nach Ablauf der Konzession auszuschreiben.

D. Gegen diese Verfügung lässt die A._____AG (Beschwerdeführerin) am 12. Januar 2007 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde führen. Sie beantragt deren Aufhebung und eine Konzessionsdauer bis zum Fahrplanwechsel im Jahre 2016. Zur Begründung macht sie geltend, die Verlängerung um bloss fünf Jahre widerspreche der gängigen Praxis des BAV, ohne dass dafür ernsthafte und sachliche Gründe vorlägen. Zudem bestehe eine Ungleichbehandlung, weil die Konzession eines anderen Transportunternehmens im gleichen geographischen Raum fast gleichzeitig und entgegen dem Antrag des Kantons auf zweijährige Verlängerung um zehn Jahre verlängert worden sei. Eine weitere Ungleichbehandlung sei darin zu

sehen, dass der Kanton Luzern in einem weiteren Fall auf eine Ausschreibung verzichtet habe und die Konzession um zehn Jahre verlängert worden sei. Weil die Konzessionsdauer vom Kanton mitbestimmt werde, müsse das BAV für eine Gleichbehandlung unter den Transportunternehmen sorgen und es dürfe sich nicht in einem Fall auf die kantonale Ausschreibungspflicht berufen und in einem anderen Fall davon absehen.

E. Die Vorinstanz beantragt am 15. März 2007 die Abweisung der Beschwerde. Die massgebende Bundesbestimmung erlaube ein Abweichen von der zehnjährigen Konzessionsdauer. Das UVEK habe in einem Beschwerdeverfahren kürzlich entschieden, eine Dauer von sechs Jahren sei im Vergleich zur europäischen Regelung vertretbar. Was die behauptete rechtsungleiche Behandlung angehe, so habe im einen Fall eine konkrete Ausschreibungsabsicht des Kantons Luzern gefehlt, weil bloss drei der insgesamt 18 Autobuslinien, welche die fragliche Konzession umfasse, von Bund und Kanton bestellt würden, mithin hätten ausgeschrieben werden können. Weil dies aber wenig Sinn gemacht hätte, habe das BAV praxisgemäss die Konzession für zehn Jahre erteilt. Im anderen Fall habe der Kanton im Gegensatz zum vorliegenden Verfahren schlussendlich auf eine Ausschreibung verzichtet.

F. Am 16. April 2007 beantwortete der Kanton Luzern verschiedene Fragen des Instruktionsrichters zu seiner Ausschreibungspraxis.

G. Während die Vorinstanz am 7. Mai 2007 auf weitere Ausführungen verzichtete, hält die Beschwerdeführerin in ihren Schlussbemerkungen von 3. Juli 2007 an ihrer Beschwerde fest.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Die Zuständigkeitsvoraussetzungen (Art. 31 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]) sowie die Anforderungen an die Beschwerdelegitimation (Art. 48 VwVG) – die Vorinstanz ist der Beschwerdeführerin bloss im Eventualantrag gefolgt – sind erfüllt, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist.

2. Das Bundesverwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid mit voller Kognition (Art. 49 VwVG). Die Beschwerdeführerin kann neben der Verletzung von Bundesrecht (Art. 49 Bst. a VwVG) und der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) auch die Rüge der Unangemessenheit erheben (Art. 49 Bst. c VwVG; vgl. André Moser, in André Moser / Peter Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt am Main 1998, Rz. 2.59; Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 1632 ff.). Das Bundesverwaltungsgericht hat von Amtes wegen den Sachverhalt festzustellen und das Recht anzuwenden. Es ist dabei nicht an die Begehren der Parteien und deren rechtliche Überlegungen gebunden (vgl. Art. 62 Abs. 4

VwVG; ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, S. 39 Rz. 112).

3. Vom Grundsatz her steht dem Bund das ausschliessliche Recht zu, Reisende mit regelmässigen Fahrten zu befördern (Art. 2 des Bundesgesetzes vom 18. Juni 1993 über die Personenbeförderung und die Zulassung als Strassentransportunternehmung [PBG, SR 744.10]). Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) kann jedoch nach Anhören der betroffenen Kantone Konzessionen für die gewerbsmässige Beförderung von Reisenden mit regelmässigen Fahrten erteilen (Art. 4 Abs. 1 PBG). Die Konzession gibt der Unternehmung das alleinige Recht, auf einer definierten Strecke oder Linie die Personenbeförderung durchzuführen. Dieses Instrument dient dem Bund dazu, in der Schweiz einen flächendeckenden und effizienten „service public“ im öffentlichen Verkehr sicherzustellen (Botschaft vom 13. November 1996 zur Bahnreform [Botschaft], BBl 1996 I 909 ff. S. 931 und 957). Die ersuchende Unternehmung muss nachweisen, dass die auf der Grundlage der Konzession zu erbringende Transportleistung zweckmässig und wirtschaftlich befriedigt werden kann und dass zum bestehenden Angebot anderer öffentlicher Transportunternehmungen keine volkswirtschaftlich nachteiligen Wettbewerbsverhältnisse entstehen oder eine wichtige neue Verkehrsverbindung eingerichtet wird (Art. 4 Abs. 2 Bst. a und b PBG). Konzessionen können geändert und erneuert werden (Art. 4 Abs. 5 PBG), wofür die Vorinstanz zuständig ist (Art. 31 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 25. November 1998 über die Personenbeförderungskonzession [VPK, SR 744.11]).

4. Die Konzession wird für höchstens 25 Jahre erteilt (Art. 4 Abs. 5 PBG). Die maximale Geltungsdauer entspricht der Abschreibungszeit des Rollmaterials (Botschaft, a.a.O., S. 958). Der Verordnung kann diesbezüglich entnommen werden, dass die Konzession in der Regel für zehn Jahre zu erteilen ist. Bei längerer Amortisationsdauer der Betriebsmittel kann die Dauer entsprechend angepasst werden, sie beträgt jedoch höchstens 25 Jahre (Art. 14 VPK).

4.1 Nach dem Willen des Gesetzgebers hat die Behörde die Laufzeit der Konzession so festzulegen, dass der Konzessionär seine Investitionen in das Rollmaterial amortisieren kann. Der Bundesrat hat diese gesetzliche Vorgabe in Art. 14 VPK aufgenommen und gleichzeitig mit 10 Jahren die Regeldauer festgelegt. Anhaltspunkte dafür, welche weiteren Kriterien bei der Festlegung der Konzessionsdauer zu beachten sind, können den fraglichen Bestimmungen nicht entnommen werden. Aufgrund der Ausgestaltung von Art. 4 Abs. 5 PBG und Art. 14 VPK kommt somit der Vorinstanz bei der Bestimmung der Konzessionsdauer ein erheblicher Ermessensspielraum zu.

4.2 Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die Angemessenheit behördlichen Handelns an sich frei (E. 2). Es übt jedoch dort Zurückhaltung aus und greift nicht ohne Not in Ermessensentscheide der Vorinstanz ein, wenn sich diese durch besonderen Sachverstand auszeichnet und wenn

sie über einen gewissen Handlungsspielraum verfügen muss (vgl. KÖLZ/ HÄNER, a.a.O., Rz. 644 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 460 f. und 473 f., mit Hinweisen; ANDRÉ MOSER, a.a.O., Rz. 2.62 ff. und 2.74; BGE 130 II 449 E. 4.1, mit Hinweisen; BGE 129 II 331 E. 3.2). Aufzuheben und zu korrigieren sind Ermessensentscheide, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, indem sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, sachfremde Gesichtspunkte berücksichtigt hat, rechtserhebliche Umstände unberücksichtigt liess oder sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig, in stossender Weise ungerecht erweist (BGE 132 III 49 E. 2.1, mit Hinweis).

4.3 Die Vorinstanz verweist vorab auf einen Beschwerdeentscheid des UVEK vom 22. Dezember 2006 (511-557). Darin hat das UVEK einen Vergleich der Schweizer Regelung mit jener der Nachbarstaaten vorgenommen (E. 5.1). Abklärungen hätten ergeben, dass im grenzüberschreitenden öffentlichen Verkehr im EU-Raum die Konzessionsdauer generell 5 Jahre betrage. In anderen Fällen sei die Festlegung der Konzessionsdauer offenbar den einzelnen Mitgliedstaaten überlassen. Deutschland kenne eine maximale Konzessionsdauer von 15 Jahren für den Schienenverkehr und von 8 Jahren für den Busverkehr. Im Vergleich dazu liege die gesetzliche Maximaldauer von 25 Jahren in der Schweiz deutlich über der deutschen Regelung. Daraus leitet das UVEK ab, bei der Anwendung von Art. 14 VPK sei eine kürzere Laufzeit als 10 Jahre vertretbar.

Landesrecht ist völkerrechts- und staatsvertragskonform auszulegen, wobei dieser Auslegung auch eine Harmonisierungsfunktion zukommt (statt vieler: ULRICH HÄFELIN / WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Auflage, Zürich 2005, Rz. 162 ff.). Im Bereich der nicht grenzüberschreitenden Personenbeförderung bestehen jedoch keine völkerrechtlichen oder staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz bezüglich der Festlegung der Konzessionsdauer. Damit fragt sich, ob es zulässig ist, bei der Anwendung von Art. 14 VPK im Binnenverkehr auf die ausländische Praxis abzustellen, um von der Regel einer 10-jährigen Konzessionsdauer abzuweichen. Diese Frage kann aber offen gelassen werden, da sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, dass sich die Vorinstanz bei ihrem Entscheid, nicht die Regeldauer nach Art. 14 VPK zu gewähren, auch sonst von sachfremden Gesichtspunkten leiten liess.

4.4 Die Vorinstanz hat selber eine Praxis entwickelt, in welchen Fällen sie von der Regeldauer gemäss Art. 14 VPK abweicht. Diese Praxis ist ausführlich im bereits erwähnten Beschwerdeentscheid des UVEK wiedergegeben (E. 2.2). Danach setzt die Vorinstanz eine kürzere Laufzeit der Konzession vorab dann fest, wenn der Besteller eine Ausschreibung der Linie beabsichtigt. Beantrage der Besteller eine Laufzeit von 1 bis 3 Jahren, müsse er allerdings einen Regierungsbeschluss oder ein ähnlich starkes Indiz für seinen Ausschreibungswillen vorlegen. Weiter unterschreitet die Vorinstanz die Regeldauer, wenn es darum geht, eine Harmonisierung der Konzessionsdauer einer Transportunternehmung für verschiedene Linien in einem Gebiet zu erreichen bzw. verkehrsbetrieblich zusammen-

hängende sinnvolle Netze zu schaffen. Nach der Harmonisierungsphase, die innert nützlicher Frist abzuschliessen sei, solle dann wieder die 10-Jahres Regel gelten. Schliesslich legt die Vorinstanz kürzere Laufzeiten fest bei Versuchsbetrieben, Ausdehnung einer Konzession (bis zum Ablauf der betreffenden Konzession) und Übertragung der Konzession mit gleichzeitiger Erneuerung (Abstimmung der Konzessionsdauer mit den Konzessionen, über die der neue Konzessionär bereits verfügt). Im genannten Beschwerdeentscheid hat das UVEK den Entscheid des BAV, eine die Innerschweiz betreffende Konzession der Schweizerischen Bundesbahnen SBB nur für sechs Jahre auszudehnen und zu erneueren, hauptsächlich mit der Begründung geschützt, damit werde eine zeitliche Harmonisierung mit den Laufzeiten der Konzessionen des schienengebundenen Regionalverkehrs im gesamten zur Diskussion stehenden Gebiet erreicht. Unterschiedliche Laufzeiten der Konzessionen in einem geographisch zusammenhängenden Gebiet würden insbesondere die Ausschreibungen erschweren. Nachfolgend ist auf dieses Bestell- und Ausschreibungsverfahren näher einzugehen.

4.5 Im sechsten Abschnitt des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 (EBG, SR 742.101) ist das mit der Revision des EBG vom 24. März 1995 (AS 1995 3680) neu eingeführte und seit dem 1. Januar 1996 geltende Finanzierungssystem im öffentlichen Verkehr geregelt. Dieses System gilt nicht nur für den Schienenverkehr, sondern auch für andere öffentliche Verkehrsangebote, unter anderem für konzessionierte Automobil- und Trolleybuslinien, soweit sie nicht ausschliesslich dem Orts- oder Ausflugsverkehr dienen (Art. 95 Abs. 2 EBG). Die Art. 49 ff. EBG sehen vor, dass Verkehrsangebote von Bund und Kantonen bestellt werden und die Besteller im Gegenzug die ungedeckten Kosten der Verkehrsangebote abgelten. Das Verfahren ist in der Verordnung vom 18. Dezember 1995 über Abgeltungen, Darlehen und Finanzhilfen nach Eisenbahngesetz (ADFV, SR 742.101.1) geregelt. Für den regionalen Personenverkehr ergibt sich, dass Bund und Kantone gemeinsam auf Grund der Nachfrage jährlich und abgestimmt auf das Fahrplanverfahren ein Angebot bestellen (Art. 6 Abs. 1 und 10 Abs. 1 ADFV). Eine Transportunternehmung kann von Bund oder Kanton zur Offertstellung aufgefordert werden oder unaufgefordert eine Offerte einreichen (Art. 14 Abs. 1 und 3 ADFV). Nehmen die Besteller eine Offerte an, schliessen sie mit der Transportunternehmung eine Angebotsvereinbarung ab und bestätigen den Betrag, der an die ungedeckten Kosten abgegolten wird (Art. 20 Abs. 1 ADFV).

4.6 Neben dem Bestellverfahren ist auch eine Ausschreibung der Aufträge für bestimmte Verkehrsleistungen unter den dafür geeigneten Transportunternehmungen möglich, falls grössere Veränderungen geplant sind, die mehrere Linien betreffen oder die Offerten einer bestimmten Unternehmung nicht befriedigen (Art. 15 Abs. 1 ADFV). Zudem kann ein Kanton vorsehen, dass Aufträge für bestimmte Verkehrsleistungen generell in bestimmten Zeitabständen ausgeschrieben werden (Art. 15 Abs. 2 ADFV). Mit der Ausschreibung erhoffen sich die Besteller durch den Einbezug weiterer Transportunternehmungen Preisvorteile oder eine Steigerung der Qualität und

Effizienz im öffentlichen Verkehr (DANIEL FISCHER / MICHAEL HÜGLI, Ausschreibungen im Regionalverkehr – Eine strategische Herausforderung für öV Unternehmen, Jahrbuch der Schweizerischen Verkehrswirtschaft 2005/2006, S. 5; Ausschreibung von Personentransportleistungen im öffentlichen Verkehr, Leitfaden BAV vom 1. März 2006, S. 1). Gemäss Leitfaden BAV macht eine Ausschreibung dann Sinn, wenn sie mehrere Linien umfasst, um Synergieeffekte mit anderen Angeboten erzielen zu können. Das BAV empfiehlt deshalb, Ausschreibungslose zu bilden, die marktmässig und betriebswirtschaftlich sinnvoll abgegrenzt werden können (Leitfaden BAV, S. 11). Bisher verpflichtete sich einzig der Kanton Luzern gesetzlich dazu, periodisch Linien auszuschreiben (FISCHER/HÜGLI, a.a.O., S. 6; vgl. dazu E. 5).

4.7 Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass für den regelmässigen und gewerbsmässigen regionalen Personentransport (nebst weiteren Bewilligungen, wie z.B. die Zulassung als Strassentransportunternehmung gestützt auf Art. 8 PGB) nicht nur eine Personenbeförderungskonzession, sondern auch eine Angebotsvereinbarung mit den Bestellern vorliegen muss. Die beiden Institute Konzession und Bestellung/Transportvertrag beeinflussen sich gegenseitig. Während die Abgeltung dazu dient, den Fehlbetrag aus der Personenbeförderung zu decken, kommt der Konzession die Aufgabe zu, die angemessene Verwendung der Abgeltung abzusichern. Sie verhindert die sogenannte Rosinenpickerei, indem auf attraktiven Linien weitere Unternehmen ausserhalb des Bestellverfahrens ebenfalls Transportdiensteistungen anbieten, damit das bestellte Angebote konkurrenzieren und den Abgeltungsbedarf der öffentlichen Hand erhöhen würden (Botschaft, a.a.O., S. 931 und 957; umfassend: GEORGE M. GANZ, Öffentliches Beschaffungswesen: Ausschreibung von Verkehrsdienstleistungen, in: AJP/PJA 2001 S. 975 ff.; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2P.315/2004 vom 26. April 2005, E. 2.3).

4.8 Zwar kann den massgebenden Bestimmungen über die Personenbeförderungskonzession nicht direkt entnommen werden, dass Konzessionsdauer und Bestell- bzw. Ausschreibungsverfahren zu koordinieren wären. Immerhin lässt sich ein Zusammenhang aus Folgendem ableiten: Die Konzession kann jederzeit unter angemessener Entschädigung widerrufen werden, wenn wesentliche öffentliche Interessen, namentlich die zweckmässige und wirtschaftliche Befriedigung der Transportbedürfnisse, dies rechtfertigen (Art. 4 Abs. 4 Bst. b PKG, Art. 18 Abs. 1 Bst. a VPK). Als Beispiel dafür nennt Art. 18 Abs. 2 VPK ausdrücklich die Übertragung einer Linie auf eine andere Unternehmung im Rahmen des Bestellverfahrens oder eines gleichwertigen Verfahrens (Art. 18 Abs. 2 VPK). Für das Bestellverfahren gilt, dass die Besteller eine Aufgabe gegen den Willen der bisher damit betrauten Transportunternehmung nur einer anderen übertragen können, wenn sich für sie längerfristig Vorteile ergeben (Art. 21 Abs. 1 ADFV). Unter Umständen muss die neu beauftragte Transportunternehmung von der bisherigen Betriebsmittel und Personalbestand übernehmen (Art. 21 Abs. 2 und 3 ADFV).

4.9 Auf Grund der gegenseitigen Beeinflussung besteht trotz fehlender aus-

drücklicher Regelung ein Koordinationsbedarf und es fragt sich insbesondere, wie die Konzessionsdauer und das Ausschreibungsverfahren aufeinander abzustimmen sind. Der Leitfaden der Vorinstanz sieht diesbezüglich vor, dass Leistungen in der Regel nur auf den Zeitpunkt eines Konzessionsablaufs ausgeschrieben werden sollten. Würden mehrere Linien ausgeschrieben, solle mit der Ausschreibung bis zum Ablauf der am längsten gültigen Konzession zugewartet werden. In diesem Fall würden die anderen, früher auslaufenden Linienkonzessionen bis zum Ablauf der letzten Konzession erneuert (Leitfaden BAV, S. 5). Nach diesem Konzept ist vom Grundsatz her nicht die Konzessionsdauer auf die Ausschreibung abzustimmen sondern umgekehrt. Eine solche Koordination steht im Einklang mit Art. 14 VPK, wonach Konzessionen in der Regel für 10 Jahre zu erteilen bzw. zu erneuern sind. Nur für den Fall, dass die Besteller ein Ausschreibungslos bilden wollen und die betroffenen Konzessionen nicht gleichzeitig auslaufen, sieht das Konzept vor, das Ende der fraglichen Konzessionen auf das geplante Ausschreibungsverfahren abzustimmen, indem früher auslaufende Konzessionen für weniger als zehn Jahre erneuert werden. In einem solchen Fall von der Regel nach Art. 14 VPK abzuweichen und eine kürzere Laufzeit festzusetzen, erscheint unter Berücksichtigung der gesetzlichen Zielsetzung, mit dem Konzessionsverfahren einen effizienten, zweckmässigen und wirtschaftlichen öffentlichen Verkehr zu ermöglichen (E. 3), als geboten und sachgerecht. Denn diese Zielsetzung bedingt, dass die Besteller im Hinblick auf einen möglichst effektiven Wettbewerb und einen sparsamen und wirtschaftlichen Einsatz der finanziellen Mittel auch über die Möglichkeit verfügen müssen, mehrere Strecken und Linien gemeinsam ausschreiben zu können. Dies setzt wiederum voraus, dass die Laufzeiten von Personenbeförderungskonzessionen, die Bestandteil eines Ausschreibungsloses sind, nicht ungeachtet einer geplanten Ausschreibung erneuert werden. Die Praxis der Vorinstanz, eine Konzession um weniger als die für den Regelfall geltenden 10 Jahre mit der Begründung zu erneuern, der zuständige Kanton beabsichtige, die Verkehrsleistung auszuschreiben, ist somit dann nicht zu beanstanden, wenn mit der kürzeren Laufzeit eine zeitliche Harmonisierung verschiedener verkehrstechnisch, geographisch oder marktmässig zusammenhängender Streckenkonzessionen im Hinblick auf deren Ausschreibung als sinnvolles Ganzes beabsichtigt wird.

5. Das Luzerner Gesetz vom 21. Mai 1996 über den öffentlichen Verkehr und den schienengebundenen Güterverkehr (öVG LU, SRL 775) sieht in §10 Abs. 3 vor, dass Transportleistungen, die nicht nur von einer bestimmten Transportunternehmung erbracht werden können, mindestens alle zehn Jahre zur freien Konkurrenz ausgeschrieben werden.

5.1 Anlässlich der Session des Grossen Rates des Kantons Luzern vom 6. und 7. November 2006 wurde eine Motion mit dem Ziel, §10 Abs. 3 öVG LU zu ändern und die Ausschreibungspflicht abzuschaffen, erheblich erklärt. In seiner Stellungnahme vom 22. August 2006 erklärte der Luzerner Regierungsrat, die Gesetzesänderung mit der im Rahmen der Bahnreform 2 auf Bundesebene geplanten Revision des PBG, welche auch das Aus-

schreibungsverfahren neu regle, koordinieren zu wollen. Die Vorlage zur Bahnreform 2 wurde von den Eidgenössischen Räten im Dezember 2005 zurückgewiesen. Der Bundesrat bereitete in der Folge die Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2 mit dem Titel „Revision der Erlasse über den öffentlichen Verkehr“ (RöVE) vor. Weil die Ausschreibung von bestelltem regionalem Personenverkehr in der Konsultation umstritten war, beschloss der Bundesrat am 9. März 2007, das Thema Ausschreibung in ein späteres Teilpaket der Bahnreform aufzunehmen (vgl. Pressemitteilung des UVEK vom 9. März 2007). Die Ausschreibungspflicht nach §10 Abs. 3 öVG LU ist somit nach wie vor geltendes Recht und der Kanton Luzern hat in seiner Stellungnahme vom 16. April 2007 auch seine Absicht kund getan, weiterhin Ausschreibungen zu planen und durchzuführen. Damit ist nachfolgend zu prüfen, ob die Vorinstanz mit dem Entscheid, im vorliegenden Fall die Konzessionsdauer unter Berücksichtigung der kantonalen Ausschreibungsabsicht festzulegen, von dem ihr zustehenden Ermessensspielraum rechtskonform Gebrauch gemacht hat.

5.2 Im Zusammenhang mit seiner Ausschreibungspraxis hat der Kanton Luzern im Beschwerdeverfahren verschiedene Fragen beantwortet. Aus seiner Stellungnahme geht hervor, dass die vorliegend fraglichen Transportleistungen nicht auf den Ablauf der Konzession per Ende 2005 hätten ausgeschrieben werden können, da Ausschreibungen komplex und sehr aufwändig seien und die zuständige kantonale Amtsstelle im Jahr 2004/2005 mit der Umsetzung Bahn 2000, der Einführung S-Bahn Luzern, der Umsetzung Agglomobil Luzern, der Optimierung der Regionalbusse, der Ausschreibung der TransSeetalExpress und mit einem Beschwerdeverfahren voll ausgelastet gewesen sei. Weil aber gestützt auf das am 1. Januar 1997 in Kraft getretene öVG LU auch die hier fraglichen Transportleistungen der Beschwerdeführerin mindestens alle zehn Jahre ausgeschrieben werden müssten, sei bei der Vorinstanz eine Konzessionsdauer von zwei Jahren beantragt worden. Bei einer zehnjährigen Konzessionsdauer und einem Zuwarten mit der Ausschreibung könne eine Verletzung der gesetzlichen Ausschreibungspflicht geltend gemacht werden. Würde jeder Transportunternehmung eine zehnjährige Konzession erteilt, verkäme §10 Abs. 3 öVG LU zum toten Buchstaben, weil Ausschreibungen immer wieder zurückgestellt werden müssten. Als Folge davon könnten im Kanton Luzern mit den vorhandenen finanziellen Mitteln weniger öV-Leistungen eingekauft werden und der fehlende Wettbewerb hätte negative Auswirkungen auf die Qualität des öffentlichen Verkehrs. Auch wenn das BAV vorliegend die Konzessionsdauer wiedererwägungsweise auf fünf Jahre bis Ende 2010 verlängert habe, werde der Kanton die hier fraglichen Transportleistungen entsprechend seiner Praxis nicht vor Ablauf der Konzessionsdauer ausschreiben.

5.3 Obwohl dazu befragt, bringt der Kanton nicht vor, die Konzessionsdauer müsse aus Gründen der Harmonisierung kürzer angesetzt werden, weil geplant sei, die Linien der hier fraglichen Konzession zusammen mit anderen Strecken auszuschreiben. Grund für das Abweichen von der Regeldauer nach Art. 14 VPK ist einzig die Pflicht nach kantonalem Recht, die

Linien mindestens alle zehn Jahre zur freien Konkurrenz auszuschreiben. Mit ihrem Entscheid, die Konzessionsdauer gestützt darauf kürzer als üblich anzusetzen, hat die Vorinstanz jedoch ausser Acht gelassen, dass sich der Zeitpunkt des Ausschreibungsverfahrens grundsätzlich an der Konzessionsdauer zu orientieren hat und nicht umgekehrt (E. 4.9). Andernfalls würde die Konzessionsdauer generell im Ausschreibungsfall nicht durch Bundesrecht, sondern durch kantonale Gegebenheiten bestimmt, mithin der Vorrang des Bundesrechts bei der Konzessionierung der Personenbeförderung in Frage gestellt. Im Gegensatz zur Ausschreibung einer Gesamtheit von Strecken besteht für Einzelausschreibungen auch kein durch die Interaktion zwischen Bestell- und Konzessionsverfahren bedingter Koordinationsbedarf, der es rechtfertigen würde, von der Regeldauer nach Art. 14 VPK abzuweichen. Denn der Kanton kann mit seiner Ausschreibung zuwarten, bis die Konzessionsdauer abgelaufen ist. Will oder kann er die Ausschreibung nicht aufschieben, ist es ihm nicht verwehrt, die fragliche Transportleistung unabhängig vom Ablauf der Konzession dennoch auszuschreiben. Sollte sich dabei herausstellen, dass die Personenbeförderung durch eine andere Transportunternehmung zweckmässiger und wirtschaftlicher betrieben werden könnte, wäre eine Übertragung der Linien (Art. 21 ADFV) und der Widerruf der Konzession im Rahmen von Art. 18 VPK zu prüfen (vgl. E. 4.8).

5.4 Vorliegend kommt hinzu, dass es an sich möglich gewesen wäre, die Ausschreibung der fraglichen Linien mit dem Auslaufen der alten Konzession per Ende 2005 abzustimmen und anschliessend die Konzession zu erneuern bzw. neu zu erteilen. Die Arbeitsüberlastung der zuständigen kantonalen Behörde darf nicht dazu führen, dass der Konzessionärin die im Bundesrecht als Regel vorgesehene 10-jährige Konzessionsdauer verweigert wird.

6. Feszustellen ist damit, dass sich die Vorinstanz bei ihrem Entscheid, bei der Erneuerung der Konzession der Beschwerdeführerin von der Regeldauer nach Art. 14 VPK abzuweichen, von sachfremden Gesichtspunkten leiten liess und ihre Ermessensausübung bereits aus diesem Grund fehlerhaft ist. Ob ihr Entscheid auch gegen das Gleichbehandlungsgebot verstösst, kann damit offen bleiben.

7. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich in der Sache selbst (Art. 61 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerin beantragt eine Konzessionserneuerung bis zum Fahrplanwechsel im Jahr 2016. Dabei handelt es sich offensichtlich um einen Irrtum, verlangt sie doch in der Beschwerdebegründung mehrfach und unmissverständlich eine zehnjährige Dauer. Weil die Konzessionserneuerung vom 8. Dezember 2005 ab Fahrplanwechsel 2005 galt, ist der Antrag der Beschwerdeführerin als Begehren um Erneuerung bis zum Fahrplanwechsel 2015 zu verstehen. Die angefochtene Verfügung ist demzufolge in Gutheissung der Beschwerde insoweit aufzuheben, als die bereits am 8. Dezember 2005 rechtskräftig erneuerte und ausgedehnte Konzession für 10 Jahre bis zum Fahrplanwechsel im Jahr 2015 zu erteilen ist.

8. Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Der Beschwerdeführerin ist der von ihr geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'500.-- aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

9. Der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin steht zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 ff. des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese ist entsprechend der eingereichten Kostennote, die zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass gibt, auf Fr. 9'380.55 (inkl. MwSt) festzusetzen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung des BAV vom 28. November 2006 wird insoweit geändert, als die am 8. Dezember 2005 erneuerte und ausgedehnte Konzession Nr. X._____ der A._____AG bis zum Fahrplanwechsel im Jahr 2015 erteilt wird.

2. Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Der Beschwerdeführerin wird der von ihr geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'500.-- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Kontonummer anzugeben.

3. Das BAV hat der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 9'380.55 zu entrichten.

4. Dieses Urteil wird eröffnet:

   - der Beschwerdeführerin (mit Gerichtsurkunde)
   - der Vorinstanz (eingeschrieben, Ref-Nr. 731.3/2006-10-02/40)
   - dem UVEK (mit Gerichtsurkunde)
   - dem Kanton Luzern, Verkehr und Infrastruktur (vif), Abteilung öffentlicher Verkehr, Arsenalstrasse 43, 6010 Kriens

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Beat Forster	Giovanna Battagliero

Rechtsmittelbelehrung
Dieses Urteil kann innert dreissig Tagen seit Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne angefochten werden. Die Frist steht still vom 15. Juli bis und mit dem 15. August (Art. 46 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [BGG, SR 173.110]). Die Beschwerde ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Sie muss spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (vgl. Art. 42, 48, 54 und 100 BGG).

Versand am: